



www.chcapacita.cl

Módulo III

Unidad III

LA REMUNERACIÓN DURANTE LAS VACACIONES Y PERMISOS PAGADOS

*Tu espacio, tu comodidad, tu **Chile Capacita***

Contenido

TEMA 1.....	8
DETERMINACIÓN Y OTORGAMIENTO DE LAS VACACIONES DEL PERSONAL.....	8
Número de días de feriado básico.....	8
Pronunciamientos dirección del trabajo:	8
Requisitos para que nazca el derecho a feriado.....	9
Pronunciamientos dirección del trabajo:	9
Otorgamiento del feriado antes de que el trabajador cumpla un año de servicio.....	11
Pronunciamientos dirección del trabajo:	11
Cómputo de los días de feriado.....	13
Pronunciamientos dirección del trabajo:	13
Cómputo feriado de trabajadores contratados a tiempo parcial.....	15
Pronunciamientos dirección del trabajo:	15
El regreso de vacaciones, incorporación al trabajo del dependiente después de concluido su feriado	17
Pronunciamientos dirección del trabajo:	17
Suspensión del feriado.....	20
Pronunciamientos dirección del trabajo:	20
La utilización del feriado en jornadas excepcionales de trabajo y distribución de descansos.....	22
Pronunciamientos dirección del trabajo:	22
Fecha de inicio del feriado en jornadas excepcionales.....	22
Pronunciamientos dirección del trabajo:	22
Regreso del feriado en jornadas excepcionales	25
Pronunciamientos dirección del trabajo:	25
Fraccionamiento del feriado en jornadas excepcionales	27

Pronunciamientos dirección del trabajo:	27
Formalidades y oportunidad para solicitar el feriado.....	31
Oportunidad en que se debe utilizar el feriado	31
Pronunciamientos dirección del trabajo:	31
Facultades del empleador para modificar la fecha de utilización del feriado y de rechazar las solicitudes de vacaciones.....	32
Pronunciamientos dirección del trabajo:	32
La acumulación del feriado y sus formalidades y el fraccionamiento de las vacaciones	32
Pronunciamientos dirección del trabajo:	32
Fraccionamiento del feriado en días sábado o inhábiles:	35
Pronunciamientos dirección del trabajo:	35
La acumulación del feriado.....	42
Pronunciamientos dirección del trabajo:	42
Utilización del feriado durante el aviso previo.....	46
Pronunciamientos dirección del trabajo:	46
El derecho a feriado trabajadores con contrato por obra o faena determinada.....	46
Pronunciamientos dirección del trabajo:	46
Opción de pago diferido del feriado proporcional que de origen cada contrato y su pacto en el finiquito.	47
Pronunciamientos dirección del trabajo:	47
El feriado progresivo	49
Pronunciamientos dirección del trabajo:	49
Otorgamiento del feriado progresivo	61
Pronunciamientos dirección del trabajo:	61
Compensación en dinero del feriado progresivo.....	62
Pronunciamientos dirección del trabajo:	62
Derecho a feriado progresivo trabajadores extranjeros	62

Pronunciamientos dirección del trabajo:	62
El feriado colectivo	67
Pronunciamientos dirección del trabajo:	67
Efecto de la licencia médica en el feriado colectivo	69
Pronunciamientos dirección del trabajo:	69
Efecto del feriado colectivo en el aviso previo dado por la causal de término de contrato de necesidades de la empresa.....	69
Pronunciamientos dirección del trabajo:	69
Efecto del feriado colectivo en los procesos de negociación colectiva.....	69
Pronunciamientos dirección del trabajo:	69
Forma de calcular la remuneración íntegra según la estructura remuneracional del trabajador	70
Trabajadores con remuneración fija	70
Pronunciamientos dirección del trabajo:	70
Trabajadores con remuneraciones variables	75
Pronunciamientos dirección del trabajo:	75
Trabajadores con remuneración mixta (fija y variable)	76
Pronunciamientos dirección del trabajo:	76
Situación especial de trabajadores con remuneración mixta (fija y variable) en que perciben remuneraciones variables pagadas con desfase	84
Pronunciamientos dirección del trabajo:	84
Inclusión de la semana corrida en el cálculo de la remuneración íntegra durante el feriado	95
Pronunciamientos dirección del trabajo:	95
Pago de los días hábiles e inhábiles comprendidos dentro del período que el trabajador hace uso del feriado.....	96
Pronunciamientos dirección del trabajo:	96

Pago de toda remuneración o beneficio que corresponda ser pagada durante el período de feriado y que no ha sido considerada en el cálculo del feriado.	97
Pronunciamientos dirección del trabajo:	97
Remuneraciones y otros haberes que no se consideran para efectos del pago de la remuneración íntegra	99
Pronunciamientos dirección del trabajo:	99
Reajuste de remuneraciones que se produzcan durante el uso del feriado por parte del trabajador	104
Pronunciamientos dirección del trabajo:	104
Compensación del feriado en dinero	104
Pronunciamientos dirección del trabajo:	104
Ejemplos de cálculo remuneración íntegra durante el feriado de los trabajadores.	107
Cálculo remuneración íntegra compensación en dinero Feriado Progresivo	107
Pronunciamientos dirección del trabajo:	107
TEMA 2.....	109
LOS PERMISOS A LOS TRABAJADORES.....	109
Permiso por muerte de familiares.....	109
Requisitos para impetrar los días de permiso.....	109
Pronunciamientos dirección del trabajo:	109
Permiso por muerte de hijo, cónyuge o conviviente civil.....	109
Número de días.....	109
Pronunciamientos dirección del trabajo:	109
Fuero laboral por estas circunstancias:	111
Pronunciamientos dirección del trabajo:	111
Suspensión de las vacaciones en caso de muerte de hijo, cónyuge o conviviente civil:	112
Pronunciamientos dirección del trabajo:	112

Permiso muerte de hijo en gestación	114
Número de días:.....	114
Pronunciamientos dirección del trabajo:	114
Forma de utilizarlos:	114
Pronunciamientos dirección del trabajo:	114
Imputación de los días de permiso del artículo 66 del código del trabajo a beneficios contractuales.....	116
Pronunciamientos dirección del trabajo:	116
Permiso realización exámenes médicos.....	117
Pronunciamientos dirección del trabajo:	117
Permisos voluntarios del cuerpo de bomberos	119
Pronunciamientos dirección del trabajo:	119
Permiso especial ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	131
Pronunciamientos dirección del trabajo:	131
Los permisos de mutuo acuerdo entre las partes	131
Pronunciamientos dirección del trabajo:	131
Permiso por nacimiento de hijo	135
Pronunciamientos dirección del trabajo:	135
Licencia médica, período en el cual puede hacer uso del permiso	137
Pronunciamientos dirección del trabajo:	137
Situación de trabajadores con contrato de plazo fijo u obra o faena.....	137
Pronunciamientos dirección del trabajo:	137
Obligación de solicitar el permiso al empleador.....	138
Pronunciamientos dirección del trabajo:	138
Trabajadores contratados a tiempo parcial.....	138
Pronunciamientos dirección del trabajo:	138

Imputación de los días de permiso del artículo 195 del código del trabajo a beneficios contractuales:.....	138
Pronunciamientos dirección del trabajo:	138
Permiso por matrimonio y acuerdo unión civil	140
Pronunciamientos dirección del trabajo:	140
Formalidades en la utilización.	147
Pronunciamientos dirección del trabajo:	147
Procedencia del permiso en caso de matrimonio religioso	149
Pronunciamientos dirección del trabajo:	149
Sanciones para el trabajador que no acredita la efectividad del matrimonio.....	149
Pronunciamientos dirección del trabajo:	149
Imputación de los días de permiso a beneficios contractuales	150
Pronunciamientos dirección del trabajo:	150
Forma de cálculo de la remuneración de la trabajadora durante estos permisos	151
Permisos del artículo 66 del código del trabajo	151
Trabajadores con remuneración fija	151
Pronunciamientos dirección del trabajo:	151
Trabajadores con remuneración variable	152
Pronunciamientos dirección del trabajo:	152
TEMA 3.....	153
EL PERMISO DE ALIMENTACIÓN HIJOS MENORES DE 2 AÑOS	153
Pronunciamientos dirección del trabajo:	153
Forma de otorgar este permiso	155
Pronunciamientos dirección del trabajo:	155
Duración de este permiso.....	156
Pronunciamientos dirección del trabajo:	156

Ampliación del permiso para trasladarse a la sala cuna y pago de pasajes	157
Pronunciamientos dirección del trabajo:	157
Trabajadoras a tiempo parcial y trabajadoras que hacen uso del post natal parental en la modalidad de media jornada.....	173
Pronunciamientos dirección del trabajo:	173
Número de horas cuando la trabajadora tiene más de 1 hijo menor de 2 años	174
Pronunciamientos dirección del trabajo:	174
El pago de pasajes.....	174
Pronunciamientos dirección del trabajo:	174
Utilización de las horas de permiso de alimentación, de las trabajadoras que prestan servicios en sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos en faenas ubicadas en lugares apartados de centros urbanos.....	180
Pronunciamientos dirección del trabajo:	180
Cálculo remuneración íntegra durante el permiso de alimentación hijo menor de 2 años.	187
Pronunciamientos dirección del trabajo:	187
TEMA 4.....	190
PERMISOS POR ENFERMEDAD GRAVE DE HIJO Y PARA PADRES DE HIJOS CON DISCAPACIDAD.....	190
Permiso por accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de hijo menor de 18 años, por hijos con discapacidad	190
Pronunciamientos dirección del trabajo:	190
Cálculo de la remuneración por el permiso por accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de hijo menor de 18 años, por hijos con discapacidad	199
Pronunciamientos dirección del trabajo:	199

MÓDULO 3

UNIDAD 3

LA REMUNERACIÓN DURANTE LAS VACACIONES Y PERMISOS PAGADOS

TEMA 1

DETERMINACIÓN Y OTORGAMIENTO DE LAS VACACIONES DEL PERSONAL

Número de días de feriado básico

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4349/073, de 06.10.2010:

Tienen derecho al feriado anual de veinte días hábiles contemplado en el inciso 2º del artículo 67 del Código del Trabajo los trabajadores que residiendo en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena desempeñan sus labores en dichas localidades. Reconsidera doctrina contenida en los Oficios N°s. 1137 y 1063, de 10.03.10, y 19.03.09, respectivamente, y se complementa, en la parte pertinente, el dictamen N° 5081/125, de 09.11.2005, en los términos indicados en el cuerpo del presente informe.

Ordinario N° 5081/0125, de 09.11.2005:

De la disposición legal antes transcrita, incorporada a la norma que regula el feriado básico, aparece que el legislador ha establecido en favor de los trabajadores que laboran o prestan servicios en las localidades allí establecidas, vale decir, en las regiones undécima, duodécima y en la provincia de Palena un feriado especial equivalente a 20 días hábiles.

Como es dable apreciar, la normativa que nos ocupa sólo exige que el trabajador preste servicios en las localidades señaladas, por lo que basta tal circunstancia para que éstos tengan derecho al beneficio que ella regula.

En relación a lo expuesto, es necesario precisar que del inciso 1º del artículo 67 en comento se desprende que el trabajador devenga el derecho a gozar de feriado anual al cumplir un año de servicios para su empleador, beneficio que de acuerdo a lo allí establecido será otorgado en la forma que establece el reglamento y que le da derecho a percibir remuneración íntegra durante el respectivo período.

Requisitos para que nazca el derecho a feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2023/0133, de 07.05.1998:

"El feriado legal no está condicionado a la prestación efectiva e ininterrumpida de los servicios, sino que, por el contrato, para gozar de este beneficio al trabajador le basta la subsistencia de la relación laboral durante el lapso de un año".

Ordinario N° 4571/0288, de 07.09.1993.

"Cuando la obra o faena para la cual fueron contratados los referidos trabajadores excede de un año, estos tienen derecho al feriado básico de 15 días hábiles con remuneración íntegra. Por el contrario, si la obra tiene una duración inferior a dicho lapso de tiempo, el beneficio en cuestión debe ser indemnizado en proporción al tiempo que medie entre su contratación y el término de sus funciones".

Ordinario N° 1.111, de 24.05.1982:

"Todo trabajador que cumple con el requisito establecido por la ley para hacer uso de su feriado, esto es, haber estado al servicio de su empleador durante más de un año, tiene derecho a 15 días de descanso, con remuneración íntegra.

Asimismo, se infiere que el titular de derecho a feriado es el trabajador, de tal manera que, una vez cumplida la condición exigida por la disposición en estudio le asiste la facultad de hacerlo efectivo en cualquier momento, sin perjuicio de que el empleador, aduciendo necesidades de la empresa, condicione su otorgamiento".

Ordinario N° 4962/0152, de 16.07.1991:

"El trabajador acogido a licencia médica por un lapso de cuatro años podrá exigir retroactivamente, una vez reincorporado a la Empresa, el otorgamiento

del feriado por todo el período acumulado, siempre que tal beneficio lo impetere dentro del plazo de dos años contados desde su reincorporación.

Para los efectos del derecho a feriado, la ley no exige trabajo efectivo sino solamente la vigencia del contrato durante un año".

Ordinario N° 2568/098, de 06.05.1992:

"El período de permiso sin goce de remuneración concedido a un trabajador debe considerarse para los efectos del derecho del feriado legal e indemnización por años de servicio".

Ordinario N° 4199/0192, de 19.07.1994:

"Si se tiene presente que conforme al precepto en análisis el tiempo de la huelga sólo suspende el contrato de trabajo, pero deja subsistente su vigencia, posible es sostener que el tiempo de duración de esta es computable para los efectos del feriado de los trabajadores involucrados.

El lapso en que los trabajadores por los cuales se consulta se mantuvieron en huelga debe ser considerado para los efectos del descanso anual que les corresponde y, de consiguiente, no procede que el empleador les otorgue en forma proporcional dicho beneficio, máxime si se considera que conforme a lo previsto por el artículo 73, inciso 3º, del Código del Trabajo, el feriado proporcional sólo corresponde a aquellos trabajadores cuyo contrato expira antes de completar el año de servicios que da derecho a feriado, lo que no acontece en la especie".

Ordinario N° 4343/0166, de 20.10.2003:

"3) El trabajador no pierde su derecho a feriado por el hecho de haber estado un año y cuatro meses acogido a licencia médica, el que puede invocar una vez reincorporado al trabajo.

4) Los tres años de jubilación transitoria por invalidez no tendría efecto limitante alguno respecto del derecho a feriado, el que igualmente corresponde exigirlo cumplidos los requisitos legales, ya sea que se haya laborado efectivamente o no durante tal período de pensión de invalidez siempre que haya estado vigente el contrato de trabajo".

Otorgamiento del feriado antes de que el trabajador cumpla un año de servicio

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3515/0188, de 10.06.1997:

"Cabe precisar que si bien la norma en referencia exige como requisito para tener derecho a feriado, haber estado al servicio del empleador, más de un año, la jurisprudencia de este Servicio ha sostenido que no existe inconveniente alguno para que el trabajador haga uso anticipado de dicho beneficio siempre que exista acuerdo de ambas partes sobre la materia.

Precisado lo anterior, cabe hacer presente que la circunstancia de hacer uso del feriado en forma anticipada, esto es, antes de tener derecho a exigir dicho beneficio, no altera para nada los objetivos del mismo, cuales son permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por el período laborado, además de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva, máxime si se considera que este se otorga a cuenta del feriado legal".

Ordinario N° 3951/0220, de 08.07.1997:

"En lo que se refiere a su consulta acerca de si existe un período mínimo de prestación de servicios para que una empresa otorgue a un trabajador el beneficio del feriado, posible resulta sostener que existiendo acuerdo entre las partes para conceder dicho beneficio en forma anticipada no resulta obligatorio condicionar su otorgamiento a que el dependiente haya laborado un determinado período de tiempo.

En efecto, los derechos que consagra el Código del Trabajo revisten el carácter de beneficios básicos o mínimos que puede exigir el trabajador, los cuales, por lo mismo son irrenunciables, no existiendo, en todo caso, impedimento jurídico alguno para que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, reconocido en materia laboral en el inciso 2° del artículo 5° del mismo Código, acuerden beneficios que excedan los mínimos garantizados, sea por la vía de la negociación individual o colectiva".

Ordinario N° 5.194, de 23.12.2014

De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que todo trabajador que cuente con más de un año de servicios para un empleador tiene derecho a que éste le conceda un feriado anual de quince días hábiles o de veinte días hábiles, según sea el caso, con remuneración íntegra, el que deberá ser

otorgado, de preferencia en primavera o verano, según las necesidades del servicio.

De lo anterior se desprende, entonces, que la ley exige como requisito para hacer uso del referido beneficio que la relación laboral haya estado vigente entre las partes por más de un año.

No obstante lo expuesto, este Servicio reiteradamente ha sostenido, entre otros en dictamen 2474/57, de 30.06.2003, cuya copia se adjunta, que no existe inconveniente legal alguno para que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, acuerden el anticipo de dicho feriado.

Precisado lo anterior, cabe señalar, por su parte que el artículo 70 del mismo cuerpo legal, en su inciso 1º, dispone:

“El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”.

De la disposición legal transcrita se infiere que no obstante que el feriado debe ser continuo, el legislador faculta a las partes para estipular, de común acuerdo, el fraccionamiento del exceso sobre diez días hábiles.

Lo anterior permite afirmar que el dependiente, en su calidad de titular del beneficio de que se trata, se encuentra facultado para solicitar que su empleador le otorgue de una sola vez los quince días hábiles que por tal concepto establece la ley, salvo que, por acuerdo de ambos se haya fraccionado el mismo, en los términos establecidos en la norma legal antes transcrita y comentada, esto es, sólo respecto de lo que exceda de los diez días hábiles.

Ahora bien, en lo que respecta a la oportunidad en que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, esto es, si antes o después de los días de feriado continuo, cabe señalar que el legislador no ha establecido ninguna regulación al respecto, de manera tal que conforme al aforismo jurídico según el cual cuando el legislador no distingue no es lícito al interprete distinguir, posible resulta afirmar que las partes de la relación laboral, de común acuerdo, pueden fijar que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, con anterioridad al otorgamiento del período de 10 días hábiles continuos que por tal concepto establece la ley, o bien con posterioridad a éste.

En tal sentido se ha pronunciado este Servicio en dictamen N° 4617/52, de 02.12.2013, cuya copia se adjunta.

De este modo, consecuente con lo expuesto, preciso es sostener que el anticipo de feriado puede corresponder a los diez días hábiles continuos o bien a uno o más de los días de feriado fraccionado.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y comentada, cumplo en informar a Ud. que empleador puede convenir con su trabajador el anticipo de días de feriado legal, no obstante no haber cumplido éste último el año de vigencia de la relación laboral que legalmente se exige para el ejercicio de tal derecho, pudiendo dicho anticipo corresponder a los diez días hábiles continuos de feriado o bien a uno o más de los días de feriado fraccionado.

Ordinario N° 5033/059, de 30.09.2015.

1. Resultaría jurídicamente procedente anticipar, en la especie, el otorgamiento del feriado a los trabajadores que prestan servicios en la industria del cultivo de ostiones –la cual ha debido paralizar sus actividades a raíz del temporal que afectó a la región de Coquimbo en el mes de agosto del presente año–, aún cuando los mismos no hayan iniciado la anualidad que da derecho a dicho descanso, caso en el cual el límite para ello será de hasta dos períodos consecutivos.

2. En el evento que el trabajador, a quien se le haya otorgado el feriado de manera anticipada, en una o dos anualidades, deje de pertenecer a la empresa antes de cumplir el o los períodos que daban derecho al mismo, el empleador estará facultado para descontar del finiquito las diferencias que resulten por dicho ejercicio anticipado, en la proporción que corresponda a aquellos días que no alcanzaron a devengarse, siempre que exista un pacto en tal sentido, debiendo el trabajador, en todo caso, autorizar expresamente dicho descuento al momento de ratificar el finiquito.

Cómputo de los días de feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 7669/0319, de 21.11.1995:

"A partir del 1º del noviembre de 1993, fecha en que comenzó a regir la norma de sobre cómputo del feriado que actualmente se contiene en el artículo 69 del Código del Trabajo, no resulta jurídicamente procedente convenir un feriado

superior al legal, considerando el día sábado como hábil para los efectos de determinar su duración".

Ordinario N° 7549/0314, de 17.11.1995:

"El día sábado se considerará siempre inhábil, no debiendo computarse para los efectos de determinar la duración del feriado".

Ordinario N° 0109/010, de 09.01.1998:

"Conforme a la doctrina vigente de este Servicio, para determinar la duración del feriado convencional pactado a contar del 1º de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la norma de cómputo de feriado que actualmente se contiene en el artículo 69 del Código del Trabajo, el día sábado siempre se considerará inhábil, aún en el evento que el beneficio convenido represente un número de días por concepto de feriado superior al establecido en la ley".

Ordinario N° 5472/0295, de 12.09.1997:

"Del precepto legal anotado se colige que para calcular el número de días que por concepto de feriado corresponde impetrar a un trabajador, el día sábado, cualquiera que sea el número de días en que se encuentre distribuida la jornada de trabajo, debe considerarse inhábil, esto es, no debe computarse para determinar la duración del aludido beneficio.

De ello se sigue que la regla antes enunciada sólo rige y resulta aplicable para los efectos del cómputo del beneficio en referencia, pero no así, para determinar el pago de la remuneración que corresponde percibir por los días sábado que inciden en el período que este comprende".

Ordinario N° 1533/087, de 23.03.1999:

"El período de feriado comprende, sin solución de continuidad, tanto los días hábiles como los domingos o festivos que incidan en dicho lapso, toda vez que de no ser así perdería su carácter continuo, por lo que, en esta última hipótesis, habría que entender que el beneficio se interrumpe durante los domingos y festivos, criterio que no sólo vulnera el claro sentido de la ley, sino que resulta contrario a la lógica, lo que obliga a desecharlo".

Ordinario N° 2616/0125, de 02.05.1994:

"Para calcular el feriado legal de los trabajadores afectos a una jornada bisemanal de acuerdo al artículo 39 del Código del Trabajo, no deben considerarse como días hábiles los sábados, domingo y todos aquellos que tienen asignado por la ley el carácter de feriado".

Ordinario N° 4821/0206, de 11.11.2003:

"A partir del 1 de noviembre de 1993, fecha en que comenzó a regir la norma sobre cómputo de feriado actualmente contenida en el artículo 69 del Código del Trabajo, no resulta jurídicamente procedente convenir un feriado superior al legal, considerando el día sábado como hábil para los efectos de determinar su duración."

Ordinario N° 2616/0125, de 02.05.1994:

"Para calcular el feriado legal de los trabajadores afectos a una jornada bisemanal de acuerdo al artículo 39 del Código del Trabajo, no deben considerarse como días hábiles los sábados, domingo y todos aquellos que tienen asignado por la ley el carácter de feriado".

Cómputo feriado de trabajadores contratados a tiempo parcial**Pronunciamientos dirección del trabajo:****Ordinario N° 2604, de 17.05.2016:**

El inciso 1º del artículo 67 del Código del Trabajo precisa:

"Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento".

Asimismo, el artículo 68 del mismo cuerpo legal prescribe:

"Todo trabajador, con diez años de trabajo, para uno o más empleadores, continuos o no, tendrá derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados, y este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva".

"Con todo sólo podrán hacerse valer hasta diez años de trabajo prestados a empleadores anteriores".

A su vez, el inciso 1º del artículo 48 del Código Civil establece:

"Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los Decretos del Presidente de la República, de los tribunales o juzgados, se entenderán que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo".

Se infiere de las normas legales precedentes, que el feriado anual de los trabajadores afectos al Código del Trabajo se otorga sobre la base de la unidad de tiempo "días". Es dable concluir también, que éstos son "completos", no pudiendo fraccionarse este beneficio bajo las modalidades de medio, un tercio o un cuarto de día, u otra fracción similar, puesto que, como es sabido, donde no distingue el legislador, le está vedado hacerlo al intérprete.

Se advierte asimismo de las normas transcritas, que el derecho a feriado que asiste a los trabajadores, medidos en días completos, se encuentra asociado al número de años de trabajo y en determinados casos al lugar de desempeño, no existiendo ningún vínculo legal entre la magnitud o modalidad del feriado y el tipo de jornada de trabajo y carga diaria de faena.

En estas condiciones, la circunstancia que el dependiente se encuentre afecto a una jornada de trabajo que implique distintas cargas horarias diarias de trabajo - como en el caso de la especie - no modifica el otorgamiento legal y habitual de su feriado anual, ni aún si éste se concretara de manera fraccionada.

Ordinario N° 2257/0100, de 14.04.1994:

"El cálculo del feriado de los trabajadores que han sido contratados para laborar sólo los días domingo debe efectuarse conforme a las reglas generales, esto es, agregando a los 15 días hábiles que les corresponde por tal concepto, los días sábado, domingo y festivos que incidan en el respectivo período".

Ordinario N° 0339/027, de 30.01.2002

En materia de feriado anual, considerando que el Párrafo 5º en comento no contiene normas especiales sobre la materia, son aplicables las normas generales que al efecto contemplan los artículos 66 y siguientes del Código del Trabajo.

Es del caso precisar al respecto, que estos trabajadores, al igual que los dependientes con jornada completa, tienen derecho a quince días hábiles de feriado anual con remuneración íntegra, contabilizándose tales días de la misma forma que aquellos, esto es, de lunes a viernes, agregando los días sábados, domingo y festivos que incidan en el periodo de descanso, careciendo de relevancia para los efectos del cómputo del beneficio en

comento la circunstancia de que puedan encontrarse sujetos a una jornada distribuida en menos de cinco días a la semana.

A vía de ejemplo, en el caso de un trabajador con una jornada distribuida en tres días a la semana, se deben contabilizarlos quince días, igualmente de lunes a viernes, correspondiéndole un total de tres semanas, si su feriado se hace efectivo a contar de un día lunes.

Ordinario N° 3135/0186, de 23.06.1993:

"De esta suerte, si como en la especie los dependientes tienen convenida su jornada semanal inferior a seis días hábiles, sea esta de 2, 3, 4, o 5 días en total, su feriado anual básico estará constituido por quince días hábiles a los cuales habrá que agregar los días domingos y los festivos que eventualmente incidan, más un día inhábil por cada semana comprendida en el período de descanso.

En nada altera la conclusión anterior la circunstancia de que el trabajador por el cual se consulta tenga convenida una jornada diaria parcial, toda vez que, la norma que consagra el descanso anual, esto es, el artículo 65 del Código del Trabajo, no hace ningún tipo de distinción en lo relativo a si para tener derecho a él, los servicios deben prestarse por jornada completa o parcial".

El regreso de vacaciones, incorporación al trabajo del dependiente después de concluido su feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2446/0113, de 25.04.1994:

"Los trabajadores que tienen distribuida su jornada de trabajo de lunes a sábado y cuyo feriado expira un día viernes, están obligados a reintegrarse a sus labores en día sábado".

Ordinario N° 0813/0034, de 06.03.2001:

"Los trabajadores que tienen distribuida su jornada de trabajo de lunes a sábado y cuyo feriado expira un día viernes, ya sea que se trate de feriado continuo o parcial, están obligados a reintegrarse a sus labores el día sábado."

Ordinario N° 2355/0111, de 18.04.1994:

"El trabajador se encuentra obligado a reintegrarse a sus labores una vez expirado el feriado, sea en día sábado, domingo o festivo, según corresponda, si estos forman parte de su jornada habitual de trabajo.

No existe inconveniente jurídico alguno para que el feriado se inicie en tales días, si el trabajador así lo solicita".

Ordinario N° 5641, de 04.11.2015:

Esta Dirección, interpretando dicha norma legal, ha sostenido, entre otros, en el numeral 2) del dictamen N° 813/34, de 06.03.01, que los trabajadores que tienen distribuida su jornada de trabajo de lunes a sábado, y cuyo feriado expira un día viernes, ya sea que se trate de feriado continuo o parcial, están obligados a reintegrarse a sus labores el día sábado.

Ahora bien, este Servicio también reiteradamente ha señalado que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo sino que también deben entenderse incorporadas al respectivo contrato las que deriven de la reiteración de un pago u otorgamiento de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado, con la aceptación diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de la cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato de trabajo respectivo.

De esta manera un contrato puede contener cláusulas expresas, que son aquellas consignadas por escrito en el contrato y, por otra parte, cláusulas tácitas, que son, como ya se dijo, aquellas que existiendo en la realidad no aparecen consignadas en el respectivo contrato, encontrándose obligado el empleador a dar cabal cumplimiento a ambas. Así se ha pronunciado este Servicio, entre otros, en dictamen N° 1715/145, de 02.05.00.

De lo anterior se colige que si bien aquellos trabajadores con jornada distribuida de lunes a sábado, y cuyo feriado expira un viernes deben, por regla general, reincorporarse a sus labores el sábado, también debe tenerse en consideración que eventualmente podría estar constituida una cláusula tácita en el sentido de entender que en estos casos no se deben reincorporar el

sábado sino que el lunes toda vez que reiteradamente la empresa ha otorgado el feriado de esa forma. Igual situación podría ocurrir respecto de los otros ejemplos señalados en su presentación, pero ello en la medida que la cláusula tácita ya estuviere constituida.

Es importante destacar que la existencia de una cláusula tácita debe revisarse caso a caso, toda vez que ella bien puede estar sólo constituida respecto de algunos trabajadores. En la especie, por tratarse de un beneficio que se devenga anualmente, para estimar que ya se encuentra constituida una cláusula tácita respecto del sistema de otorgamiento de feriado cabría atender primeramente a la fecha de contratación de los trabajadores. Así por ejemplo, en el caso de un trabajador que recién cuente con un año de antigüedad o menos no se podría entender como ya constituida la cláusula tácita a su favor, al no existir reiteración. Por el contrario, un trabajador que cuente con 10 años de trabajo en la empresa, a quien siempre se le concedió como feriado el día sábado, ya tendría constituida a su favor la respectiva cláusula tácita.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas, doctrina administrativa citada y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Uds. que los trabajadores que tienen distribuida su jornada de trabajo de lunes a sábado y cuyo feriado expira un viernes, ya sea que se trate de feriado continuo o parcial, están obligados a reintegrarse a sus labores el día sábado, a menos que se encuentre ya constituida a su favor una cláusula tácita respecto de la forma de contabilizar el día sábado para los efectos del feriado, en los términos expuestos en el presente Ordinario.

Ordinario Nº 5651, de 04.11.2015.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas, doctrina administrativa citada y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Uds. que los trabajadores que tienen distribuida su jornada de trabajo de lunes a sábado y cuyo feriado expira un viernes, ya sea que se trate de feriado continuo o parcial, están obligados a reintegrarse a sus labores el día sábado, a menos que se encuentre ya constituida a su favor una cláusula tácita respecto de la forma de contabilizar el día sábado para los efectos del feriado, en los términos expuestos en el presente Ordinario.

Suspensión del feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 6256/0279, de 09.10.1995:

"Resulta jurídicamente procedente la suspensión del feriado legal anual de que esté haciendo uso un trabajador por la circunstancia de sobrevenirle durante este una enfermedad que le confiera derecho a licencia médica.

Reconsiderárase la doctrina de este Servicio contenida en el dictamen N° 2081, de 18.04.1986 y toda aquella que sea contraria o incompatible con la que se consigna en el presente informe.

Si se considera que el objetivo principal del feriado anual es permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva, posible resulta afirmar que el goce del beneficio que nos ocupa debe efectuarse en condiciones que permitan el logro efectivo de los fines perseguidos por el legislador al establecer las normas sobre descanso anual".

Ordinario N° 3515/0188, de 10.06.1997:

"Cabe precisar que si bien la norma en referencia exige como requisito para tener derecho a feriado, haber estado al servicio del empleador, más de un año, la jurisprudencia de este Servicio ha sostenido que no existe inconveniente alguno para que el trabajador haga uso anticipado de dicho beneficio siempre que exista acuerdo de ambas partes sobre la materia.

Precisado lo anterior, cabe hacer presente que la circunstancia de hacer uso del feriado en forma anticipada, esto es, antes de tener derecho a exigir dicho beneficio, no altera para nada los objetivos del mismo, cuales son permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por el período laborado, además de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva, máxime si se considera que este se otorga a cuenta del feriado legal.

Así, si el trabajador está enfermo, su estado de salud le impedirá gozar debidamente del descanso y esparcimiento que se persigue con el otorgamiento del feriado, sea que este se conceda cuando corresponda o en forma anticipada, ya que, en tal caso el tiempo destinado al descanso anual será empleado para la recuperación de la salud, con lo que en definitiva se

estaría privando a aquel de un beneficio que le corresponde y que le fue reconocido expresamente por la ley".

Ordinario N° 3741/036, de 27.08.2012:

El feriado anual de un trabajador durante cuyo transcurso le sobreviene la muerte de un hijo, deberá entenderse suspendido, mientras transcurre el tiempo pertinente al permiso por muerte que concede la ley, continuando el feriado anual una vez transcurrido el referido permiso.

Ordinario N° 4621, de 22.09.1983:

"El feriado de que estuviere disfrutando un trabajador debe entenderse suspendido por la circunstancia de haberse hecho efectiva la huelga".

Ordinario N° 4436, de 23.08.2018

De esta forma y en respuesta a sus consultas, en caso de iniciarse una huelga con anterioridad al período de feriado legal solicitado por un trabajador involucrado en dicha negociación colectiva y aceptado por su empleador, aquel no ha hecho ejercicio de su derecho a feriado.

En este contexto, y en virtud de la doctrina sobre feriado antes citada, es dable indicar que al ser el trabajador el titular de su derecho a feriado, él puede ejercerlo en el período que necesite, sin perjuicio de que el empleador, aduciendo necesidades de la empresa, condicione la oportunidad de su otorgamiento, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Reglamento 969 antes citado.

Ordinario N° 1704/032, de 24.03.2016:

1.- Resulta jurídicamente procedente que la madre o padre trabajador, que goza de un descanso postnatal parental en régimen de media jornada, goce simultáneamente de feriado legal, circunstancia en la que los días de feriado a que tiene derecho, pueden ser imputados en bloques de medio día.

2.- La oportunidad y forma en que la madre trabajadora puede ejercer la opción respecto al régimen de jornada en que hará uso de su descanso postnatal parental, se encuentra específicamente reglamentada, razón por la que no resulta jurídicamente procedente modificar dicha decisión, sobre todo cuando el referido descanso ya se ha iniciado.

La utilización del feriado en jornadas excepcionales de trabajo y distribución de descansos

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 6752/0390, de 10.12.1993:

"Para los efectos de calcular el feriado legal de los trabajadores que en conformidad a lo previsto en el inciso final del artículo 37 del Código del Trabajo, se encuentran sujetos a un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos consistente en laborar 7 días continuos seguidos de 7 días de descanso, no debe considerarse como días hábiles los sábado, domingo y todos aquellos que tienen asignado por ley el carácter de feriado".

Ordinario N° 849/041, de 07.02.1994:

"Para los efectos de calcular el feriado de aquellos trabajadores que de acuerdo al artículo 38 del Código del Trabajo, se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos no deben considerarse como días hábiles los sábados, domingos y todos aquellos que tienen asignados por ley el carácter de feriado".

Fecha de inicio del feriado en jornadas excepcionales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1420/0113, de 10.04.2000:

De la norma antes transcrita se desprende que el legislador ha entregado al Director del Trabajo la facultad de autorizar, mediante resolución fundada, la implementación de sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y los descansos, cuestión que solo podrá hacer cuando sobrevenga una situación calificada.

Aclarado lo anterior, es preciso señalar que este Servicio, pronunciándose sobre el alcance de los sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos autorizados por el Director del Trabajo, en uso de la facultad que le confiere el mencionado precepto, en dictamen N° 6959/299 de 03.11.95, ha sostenido que la implantación de los mismos implica para los sujetos de la relación laboral la aceptación de modificaciones al pacto original que los une, generándose obligaciones recíprocas entre sí.

De acuerdo a dicha jurisprudencia, las jornadas excepcionales abarcan un número determinado de días conformando un todo que altera la distribución

normal de las labores y del uso de los descansos, y que se desarrolla durante la vigencia del sistema excepcional cuantas veces se cumpla con los presupuestos constituidos por una cantidad de días de labor seguidos de otros de descanso.

Conforme al citado pronunciamiento jurídico, el cumplimiento del número de jornadas y descansos comprendidos en el sistema pondrá fin a un período de aplicación del mismo, iniciándose un nuevo ciclo en tanto el sistema especial de distribución se encuentre vigente y, en consecuencia, las obligaciones que se generarán en cada período, producto de las alteraciones introducidas a través del sistema excepcional de distribución de jornadas de trabajo y descansos, se extinguirán en tanto se laboren los días en ellas establecidos y se otorguen los descansos por ella contemplados.

La citada jurisprudencia agrega que en cada período, la alteración de la distribución de los descansos que produce el efecto de ir postergándolos, va generando un derecho para el trabajador de exigir su cumplimiento al término de la jornada especial de labores, derecho que ha sido devengado día a día con su cumplimiento.

Cabe precisar que en relación con la forma de computar el feriado de los trabajadores que, como en la especie, se encuentran afectados a dichos sistemas excepcionales, la doctrina reiterada y uniforme de esta Dirección contenida, entre otros, en dictamen N° 6752/390, de 10.12.93 ha precisado que dicho cálculo deberá efectuarse conforme a las reglas generales que rigen la materia, debiendo en consecuencia considerarse como días hábiles dentro del respectivo período todos aquellos que no revisten el carácter de feriado conforme al ordenamiento jurídico vigente, sin perjuicio de tener en consideración la norma prevista actualmente en el artículo 69 del Código del Trabajo la cual prescribe que "Para los efectos del feriado el día sábado se considerará siempre inhábil".

De esta suerte, el feriado legal básico de dichos dependientes estará constituido por 15 días hábiles a los cuales habrá que agregar los días sábado, domingo y los festivos que incidan en el período, debiendo, en todo caso, iniciarse el cómputo correspondiente, una vez concluido el ciclo de descanso que establece el respectivo sistema excepcional. Ello por cuanto, como ya se dijera, el derecho a gozar de dicho descanso deriva del cumplimiento de la

correspondiente jornada especial por parte de los involucrados, por lo cual no procede imputarlo a un beneficio distinto, cual es, el de feriado legal.

De consiguiente, analizada la situación en análisis a la luz de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas en relación al alcance de los sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos autorizados por el Director del Trabajo en uso de la facultad que le otorga el inciso final del artículo 38 ya citado, forzoso resulta concluir que una vez extinguido el plazo del feriado, computado en la forma precedentemente señalada, el personal sujeto a uno de dichos sistemas deberá reincorporarse a sus labores al día siguiente a aquel en que se produjo la expiración de dicho beneficio, en cuanto el turno o equipo de trabajo al cual esté adscrito se encuentre cumpliendo el período de trabajo que comprende el respectivo ciclo, debiendo por el contrario, reasumir sus funciones una vez cumplido el período de descanso correspondiente, en el evento de que al día siguiente del término de su período de feriado su turno o equipo de trabajo esté haciendo uso del descanso que les garantiza el sistema excepcional al que se encuentran afectos.

En otros términos, las condiciones de reintegro de los trabajadores que laboran en un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos, que hacen uso de feriado legal, dependerá de la situación que a la fecha en que les corresponda reasumir sus funciones se encuentre su respectivo turno o equipo de trabajo, según ya se señalara.

Ahora bien, aplicando todo lo expuesto al caso que nos ocupa, no cabe sino concluir que los trabajadores de la empresa Cía., cuyo turno se encuentre en descanso a la fecha de expiración de su período de feriado, deben reintegrarse a sus labores una vez concluido dicho período de descanso, no procediendo por ende, que la citada empresa les exija en tal caso, reasumir en forma inmediata sus respectivas funciones.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. que los trabajadores de la empresa Cía., afectos a un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos consistente en 7 días de trabajo continuo con 7 días consecutivos de descanso, que hacen uso de feriado, deben reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado dicho beneficio en el evento de que su respectivo turno o equipo de trabajo se encuentren laborando a dicha fecha y, en caso

contrario, una vez concluido el período de descanso que contempla el respectivo sistema.

Ordinario N° 0350/0022, de 22.01.2004:

"Los trabajadores de la empresa XX, afectos a un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos consistente en 7 días de trabajo continuo con 7 días consecutivos de descanso, que hacen uso de feriado colectivo, deben iniciar el cómputo del mismo una vez concluido el ciclo de descanso al que pudieran encontrarse afectos en ese momento y reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado dicho beneficio, en el evento de que su respectivo turno o equipo de trabajo se encuentre laborando a dicha fecha y, en caso contrario, una vez concluido el período de descanso que contempla el respectivo sistema."

Regreso del feriado en jornadas excepcionales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2699, de 19.05.2016.

Cabe precisar que en relación con la forma de computar el feriado de los trabajadores que, como en la especie, se encuentran afectos a dichos sistemas excepcionales, la doctrina reiterada y uniforme de esta Dirección contenida, entre otros, en dictamen N° 6752/390, de 10.12.93 ha precisado que dicho cálculo deberá efectuarse conforme a las reglas generales que rigen la materia, debiendo en consecuencia considerarse como días hábiles dentro del respectivo período todos aquellos que no revisten el carácter de feriado conforme al ordenamiento jurídico vigente, sin perjuicio de tener en consideración la norma prevista actualmente en el artículo 69 del Código del Trabajo la cual prescribe que "Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil".

De esta suerte, el feriado legal básico de dichos dependientes estará constituido por 15 días hábiles a los cuales habrá que agregar los días sábado, domingo y los festivos que incidan en el período, debiendo, en todo caso, iniciarse el cómputo correspondiente, una vez concluido el ciclo de descanso que establece el respectivo sistema excepcional. Ello por cuanto, como ya se dijera, el derecho a gozar de dicho descanso deriva del cumplimiento de la correspondiente jornada especial por parte de los involucrados, por lo cual no procede imputarlo a un beneficio distinto, cual es, el de feriado legal.

De consiguiente, analizada la situación en análisis a la luz de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas en relación al alcance de los sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos autorizados por el Director del Trabajo en uso de la facultad que le otorga el inciso final del artículo 38 ya citado, forzoso resulta concluir que una vez extinguido el plazo del feriado, computado en la forma precedentemente señalada, el personal sujeto a uno de dichos sistemas deberá reincorporarse a sus labores al día siguiente a aquél en que se produjo la expiración de dicho beneficio, en cuanto el turno o equipo de trabajo al cual esté adscrito se encuentre cumpliendo el período de trabajo que comprende el respectivo ciclo, debiendo por el contrario, reasumir sus funciones una vez cumplido el período de descanso correspondiente, en el evento de que al día siguiente del término de su período de feriado su turno o equipo de trabajo esté haciendo uso del descanso que les garantiza el sistema excepcional al que se encuentran afectos.

En otros términos, las condiciones de reintegro de los trabajadores que laboran en un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos, que hacen uso de feriado legal, dependerá de la situación que a la fecha en que les corresponda reasumir sus funciones se encuentre su respectivo turno o equipo de trabajo, según ya se señalara.

Ahora bien, aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, no cabe sino concluir que los trabajadores de la empresa Colbún S.A., cuyo turno se encuentre en descanso a la fecha de expiración de su período de feriado, deben reintegrarse a sus labores una vez concluido dicho período de descanso, no procediendo por ende, que la citada empresa les exija en tal caso, reasumir en forma inmediata sus respectivas funciones.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1) Los trabajadores de la empresa Colbún S.A., afectos a un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos, que hacen uso de feriado, deben reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado dicho beneficio en el evento de que su respectivo turno o equipo de trabajo se encuentren laborando a dicha fecha y, en caso contrario, una vez concluido el período de descanso que contempla el respectivo sistema.; y

3) Para realizar el cómputo del beneficio de feriado no deberán considerarse los días sábados, domingos y festivos, aun cuando éstos constituyan días en que dichos trabajadores deban prestar servicios de acuerdo a la especial distribución de su jornada de trabajo.

Ordinario N° 0260/0010, de 19.01.2000:

“El trabajador afecto a un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos que hace uso de feriado durante el respectivo ciclo de trabajo, conserva el derecho a impetrar la totalidad de los días de descanso que el referido sistema comprende”.

Ordinario N° 1420/0113, de 10.04.2000:

“Los trabajadores afectados a un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos consistente en 7 días de trabajo continuo con 7 días consecutivos de descanso, que hacen uso de feriado, deben reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado dicho beneficio en el evento de que sus respectivos turnos o equipos de trabajo se encuentren laborando a dicha fecha y en caso contrario, una vez concluido el período de descanso que contempla el respectivo sistema”.

Ordinario N° 3791/0287, 07.09.2000:

“Los trabajadores de la empresa, afectados a un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos consistente en siete días continuos de trabajo seguidos de siete consecutivos de descanso, que hacen uso de feriado, deben reincorporarse a sus funciones al día siguiente de expirado dicho beneficio en el evento de que sus respectivos turnos o equipos de trabajo se encuentren laborando a dicha fecha y, en caso contrario, una vez concluido el ciclo de descanso que contempla dicho sistema”.

Fraccionamiento del feriado en jornadas excepcionales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2699, de 19.05.2016.

En cuanto a las consultas signadas con los números 2) y 3), cabe señalar que el artículo 70 del Código del Trabajo, en su Inc. 1º, prescribe:

“El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”.

Del precepto legal antes transcrito se infiere que, por expresa disposición del legislador, el feriado debe ser continuo, sin perjuicio de lo cual, por excepción, se faculta a las partes para que de común acuerdo convengan fraccionar el beneficio en el exceso sobre 10 días hábiles.

Ahora bien, con el objeto de emitir el pronunciamiento requerido en el ámbito de las consultas planteadas se hace necesario determinar la oportunidad y condiciones en que el trabajador puede hacer uso de feriado fraccionado, para cuyo efecto cabe recurrir al artículo 67 inciso 3° del Código del Trabajo que dispone:

"El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio."

De la disposición legal antes anotada se desprende que la ley ha regulado parcialmente el otorgamiento del feriado al señalar, por una parte, que éste deberá concederse preferentemente en primavera o verano y, por otra, que el empleador deberá otorgarlo considerando las necesidades del servicio.

Ahora bien, el D.S. N° 969, de 1933, del Ministerio del Trabajo, vigente en virtud de lo prevenido en el Art. 3° transitorio del Código del Trabajo, en su artículo 43, establece:

"Cada empleado solicitará por escrito su feriado, con un mes de anticipación a lo menos, para que el empleador determine la fecha en que lo concederá, y de lo cual este dejará testimonio en el duplicado de dicha solicitud, que quedará en poder del empleador".

Del precepto reglamentario anotado fluye que las formalidades para conceder el feriado consisten, para el trabajador, en solicitar por escrito este beneficio con una anticipación mínima de treinta días a la fecha en que desea hacerlo efectivo y, para el empleador, dar respuesta también por escrito, dejando constancia de la fecha en que se concederá en el duplicado de la misma solicitud.

Analizada esta última disposición reglamentaria a la luz de lo prevenido en el comentado artículo 67 inciso 3° del Código del Trabajo, preciso es convenir que el empleador no puede alterar la fecha solicitada oportunamente por el trabajador, sea anticipándola o postergándola, debiendo en todo caso considerarse las necesidades del servicio para otorgarla, de preferencia en primavera o verano.

Lo anterior conlleva a sostener que el trabajador, en su calidad de titular del beneficio de feriado, es quien determina en primera instancia la fecha en que lo hará efectivo, con la sola excepción del caso de feriado colectivo contemplado en el artículo 76 del Código del Trabajo, en el cual el empleador puede determinar libremente la oportunidad en que lo concederá.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el Art. 67, inciso 3°, del Código del Trabajo, al disponer que el feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, no excluye la posibilidad que el mismo se otorgue en otra época del año, a elección del trabajador, puesto que en su favor se ha establecido que el feriado se conceda de preferencia en las estaciones mencionadas, de suerte tal que el solicitarlo en otra oportunidad diferente resulta igualmente procedente si es de su conveniencia.

Ahora bien, en opinión de este Servicio, los criterios expuestos en párrafos que anteceden resultan plenamente aplicables en el caso de que los dependientes hayan convenido hacer uso fraccionado de feriado en virtud de lo prevenido en el artículo 70 inciso 1° del Código del Trabajo, antes transcrito y comentado, de suerte tal, que podrán determinar libremente la oportunidad en que harán efectivo el beneficio, sin que resulte viable que el empleador modifique o altere la fecha solicitada sino por causa fundada en necesidades del Servicio en los términos previstos por el artículo 44 del Reglamento N° 969, disposición que, a la letra, establece:

"El feriado será concedido preferentemente en la primavera o en el verano y se distribuirá entre los empleados en forma de poder mantener en servicio, a lo menos, las cuatro quintas partes del personal de cada departamento o sección de un negocio que tenga más de cinco empleados. Si tuviere menos de este número, se distribuirá de manera, que a la vez, no haya más de un empleado gozando de feriado".

Precisado lo anterior, cabe referirse a la forma de computar los días de feriado fraccionado, para lo cual es necesario hacer presente, que para los efectos de calcular el feriado de aquellos trabajadores que de acuerdo al artículo 38 del Código del Trabajo se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos, como asimismo, de los que se encuentran afectos a un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos en virtud de lo establecido en el inciso penúltimo del señalado precepto, no deben

considerarse como días hábiles los sábados, domingos y todos aquellos que tienen asignado por ley el carácter de feriado.

De esta suerte, aplicando lo señalado en párrafos que anteceden al caso que nos ocupa forzoso es convenir que, en la especie, el cómputo del beneficio de feriado deberá hacerse aplicando las reglas ya enunciadas, de modo tal, que no deberán considerarse para tal efecto los días sábados, domingos y festivos, aun cuando éstos constituyan días en que dichos trabajadores deban prestar servicios de acuerdo a la especial distribución de su jornada de trabajo.

En estas circunstancias, atendido todo lo expuesto, no cabe sino concluir que al personal de que se trata le asiste el derecho de hacer uso de su feriado fraccionado en días viernes y lunes, caso en el cual corresponderá adicionar al beneficio los días sábado y domingo correspondientes por aplicación de las normas sobre cómputo del feriado ya analizadas.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

2) El personal de que se trata le asiste el derecho de hacer uso de su feriado fraccionado en días viernes y lunes, caso en el cual corresponderá adicionar al beneficio los días sábado y domingo correspondientes por aplicación de las normas sobre cómputo del feriado analizados en el cuerpo del presente informe.

3) Para realizar el cómputo del beneficio de feriado no deberán considerarse los días sábados, domingos y festivos, aun cuando éstos constituyan días en que dichos trabajadores deban prestar servicios de acuerdo a la especial distribución de su jornada de trabajo.

Ordinario N° 4617/052, de 02.12.2013:

“Las partes de la relación laboral, de común acuerdo, podrán fijar la oportunidad en que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, pudiendo acordar que éste se haga efectivo con anterioridad al otorgamiento del período de 10 días hábiles continuos que por tal concepto establece la ley, o con posterioridad a éste.

Ordinario N° 5884/250, de 25.10.1996:

“Resulta jurídicamente procedente que los trabajadores que se desempeñan en la empresa, y que se encuentran afectos a un sistema excepcional de

distribución de jornada de trabajo y descansos, hagan uso del beneficio de feriado en forma fraccionada en días viernes y lunes.”

Formalidades y oportunidad para solicitar el feriado

Oportunidad en que se debe utilizar el feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 2093/0088, de 18.05.2004:

"La determinación de la oportunidad para hacer uso del feriado legal corresponde única y exclusivamente al trabajador, no siendo válida la cláusula que otorgue dicha potestad al empleador."

Ordinario Nº 0573/0014, de 31.01.2003:

"La cláusula número 8 del contrato de trabajo suscrito entre la empresa Imprenta Caballero Limitada y sus trabajadores, donde se faculta al empleador a "imputar los días no trabajados a cuenta de las vacaciones anuales" no se ajusta a derecho, no produciendo efecto jurídico alguno respecto del derecho de los respectivos trabajadores a gozar del total de sus días de feriado anual en conformidad a la ley."

Ordinario Nº 5382/0324, de 05.10.1993:

"El empleador está impedido de alterar la oportunidad indicada por el trabajador para hacer uso de su feriado anual si no se dan las condiciones señaladas por el D.S. Nº 969 de 1933, del Ministerio del Trabajo, como necesarias para mantener el servicio.

Asimismo, no se ajusta a derecho la medida adoptada por el empleador de condicionar el otorgamiento de feriado a la designación por el trabajador de un reemplazante.

El inciso 2º del artículo 65 del Código del Trabajo en comento, al señalar que el referido feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, no excluye la posibilidad que el mismo se otorgue en cualquiera otra estación del año, a elección del trabajador, puesto que en su favor se ha establecido que el feriado se conceda de preferencia en las estaciones mencionadas, por lo que de solicitarlo en otra época resulta igualmente lícito si es de su conveniencia.

El trabajador, en su calidad de titular del beneficio de feriado, es quien determina en primera instancia la fecha en que lo hará efectivo, con la sola excepción del caso de feriado colectivo contemplado en el artículo 75, inciso 1º, del citado Código, en el cual el empleador puede determinar libremente la oportunidad en que lo concederá".

Facultades del empleador para modificar la fecha de utilización del feriado y de rechazar las solicitudes de vacaciones

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 005/003, de 05.01.1999:

"Todo trabajador con más de un año de servicio tiene derecho a gozar de un descanso anual de 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra, el cual se concederá de preferencia en primavera o verano, en consideración a las necesidades del servicio".

Ordinario N° 1979/031, de 06.05.2011:

"La empresa Laboratorio Ballerina Limitada se encontrará facultada para modificar la fecha de otorgamiento del feriado, sea anticipándolo o postergándolo, en la medida que dicha decisión se justifique en necesidades de la empresa, la que, de acceder a la solicitud de feriado en período estival, no podría mantener en servicio a lo menos a las cuatro quintas partes de su personal".

La acumulación del feriado y sus formalidades y el fraccionamiento de las vacaciones

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 5.194, de 23.12.2014:

De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que todo trabajador que cuente con más de un año de servicios para un empleador tiene derecho a que éste le conceda un feriado anual de quince días hábiles o de veinte días hábiles, según sea el caso, con remuneración íntegra, el que deberá ser otorgado, de preferencia en primavera o verano, según las necesidades del servicio.

De lo anterior se desprende, entonces, que la ley exige como requisito para hacer uso del referido beneficio que la relación laboral haya estado vigente entre las partes por más de un año.

No obstante lo expuesto, este Servicio reiteradamente ha sostenido, entre otros en dictamen 2474/57, de 30.06.2003, cuya copia se adjunta, que no existe inconveniente legal alguno para que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, acuerden el anticipo de dicho feriado.

Precisado lo anterior, cabe señalar, por su parte que el artículo 70 del mismo cuerpo legal, en su inciso 1º, dispone:

“El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”.

De la disposición legal transcrita se infiere que no obstante que el feriado debe ser continuo, el legislador faculta a las partes para estipular, de común acuerdo, el fraccionamiento del exceso sobre diez días hábiles.

Lo anterior permite afirmar que el dependiente, en su calidad de titular del beneficio de que se trata, se encuentra facultado para solicitar que su empleador le otorgue de una sola vez los quince días hábiles que por tal concepto establece la ley, salvo que, por acuerdo de ambos se haya fraccionado el mismo, en los términos establecidos en la norma legal antes transcrita y comentada, esto es, sólo respecto de lo que exceda de los diez días hábiles.

Ahora bien, en lo que respecta a la oportunidad en que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, esto es, si antes o después de los días de feriado continuo, cabe señalar que el legislador no ha establecido ninguna regulación al respecto, de manera tal que conforme al aforismo jurídico según el cual cuando el legislador no distingue no es lícito al interprete distinguir, posible resulta afirmar que las partes de la relación laboral, de común acuerdo, pueden fijar que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, con anterioridad al otorgamiento del período de 10 días hábiles continuos que por tal concepto establece la ley, o bien con posterioridad a éste.

En tal sentido se ha pronunciado este Servicio en dictamen N° 4617/52, de 02.12.2013, cuya copia se adjunta.

De este modo, consecuente con lo expuesto, preciso es sostener que el anticipo de feriado puede corresponder a los diez días hábiles continuos o bien a uno o más de los días de feriado fraccionado.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y comentada, cumpto en informar a Ud. que empleador puede convenir con su trabajador el anticipo de días de feriado legal, no obstante no haber cumplido éste último el año de vigencia de la relación laboral que legalmente se exige para el ejercicio de tal derecho, pudiendo dicho anticipo corresponder a los diez días hábiles continuos de feriado o bien a uno o más de los días de feriado fraccionado.

Ordinario N° 3207, de 16.06.2016.

En el caso del feriado legal, solo el exceso sobre diez días se podrá fraccionar de común acuerdo, excluyendo para su computo, los días sábado, domingo y todos aquellos que la ley ha declarado feriado legal.

Ordinario N° 4617/052, de 02.12.2013:

Las partes de la relación laboral, de común acuerdo, podrán fijar la oportunidad en que el trabajador hará uso de feriado en forma fraccionada, pudiendo acordar que éste se haga efectivo con anterioridad al otorgamiento del período de 10 días hábiles continuos que por tal concepto establece la ley, o con posterioridad a éste.

Ordinario N° 4497/0105, de 28.06.1990:

"Las partes de la relación laboral pueden acordar libremente que el trabajador haga uso de feriado fraccionado antes o con posterioridad al otorgamiento de un período continuo de diez días hábiles de feriado.

Sólo los días que superan un período continuo de diez días hábiles pueden otorgarse fraccionados, encontrándose facultadas para convenir libremente la oportunidad en que el trabajador hará uso del feriado en forma fraccionada".

Ordinario N° 2474/0057, de 30.06.2003:

"No resulta jurídicamente procedente que el empleador obligue a un dependiente a hacer uso de su descanso anual en el período que aquél determine, como tampoco, disponer en forma unilateral, el otorgamiento de sólo diez días continuos por tal concepto, toda vez que para que opere el fraccionamiento del beneficio es necesario el mutuo acuerdo de los contratantes.

Igualmente no resulta jurídicamente procedente que el empleador obligue al trabajador a hacer uso de un mayor número de días de feriado que aquél que establece la ley, máxime si éstos son descontados en el correspondiente finiquito. Por el contrario, no existe impedimento legal alguno para que las partes de la relación laboral, de común acuerdo, pacten anticipar la concesión del beneficio de feriado anual o el otorgamiento de un lapso superior a los 15 días hábiles que, por tal concepto, señala la ley, toda vez que en tal caso el respectivo acuerdo implica un mejoramiento del beneficio legal."

Ordinario N° 0260/0010, de 19.01.2000:

"El trabajador tiene derecho a exigir que su empleador le otorgue, en forma continua, la totalidad de los días que comprende el beneficio legal de feriado, salvo que existiere un acuerdo en orden a fraccionar el exceso sobre diez días hábiles, en los términos del artículo 70, inciso 1°, del Código del Trabajo".

Ordinario N° 3741/0230, de 26.07.1993:

"No resulta jurídicamente procedente que el empleador fraccione en forma unilateral el feriado anual del personal embarcado o gente de mar.

La negativa del trabajador o su desacuerdo respecto a la decisión unilateral del empleador de fraccionar tanto el feriado anual como los descansos compensatorios no constituyen falta al trabajo o abandono del mismo".

Fraccionamiento del feriado en días sábado o inhábiles:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3565, de 05.07.2016

De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que todo trabajador que cuente con más de un año de servicios para un empleador tiene derecho a que éste le conceda un feriado anual de quince días hábiles con remuneración íntegra, el que deberá ser otorgado, de preferencia en primavera o verano, según las necesidades del servicio.

Se colige, asimismo, que para efectos de calcular el número de días que por concepto de feriado legal le corresponde impetrar a un trabajador, el día sábado debe considerarse siempre inhábil, cualquiera sea el número de días en que se encuentre distribuida la jornada de trabajo.

Al tenor de lo expuesto, posible es concluir que para determinar y computar el feriado de los trabajadores afectos a una jornada ordinaria de trabajo, distribuida de lunes a sábado, deben considerarse sólo los días hábiles, debiendo excluirse los domingos, todos aquellos que la ley ha declarado festivos y los días sábado.

Por su parte, el artículo 70 del citado texto legal, en su inciso 1º, establece:

"El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo".

Del precepto legal antes transcrito fluye que por expresa disposición del legislador, el feriado deberá ser de días continuos, sin perjuicio de lo cual el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse, pero siempre que sea de común acuerdo entre las partes.

Al respecto la doctrina de esta Dirección, contenida, entre otros, en dictamen Nº 4497/105, de 28.06.1990, interpretando el citado precepto legal ha precisado que "el legislador al disponer que el feriado puede fraccionarse sólo en el exceso sobre los diez días hábiles ha querido señalar exclusivamente que sólo el número de feriado que superen este período puede dividirse en distintas partes para efectos de hacer uso parcial del beneficio".

En efecto, las partes podrán convenir que el exceso sobre diez días hábiles de feriado se otorgue de manera fraccionada, en uno o más días de descanso, resultando improcedente que el empleador pueda fijar de manera unilateral la cantidad de días en que se verificará el fraccionamiento del feriado a que tiene derecho el trabajador, ni tampoco la oportunidad en que se harán efectivos tales días de descanso, salvo que lo establezca la ley.

De tal suerte, tratándose de trabajadores afectos a una jornada ordinaria de trabajo distribuida de lunes a sábado, tal como se desprende de su presentación, no existiría inconveniente para que éstos hagan uso del feriado fraccionado durante un día sábado, siempre que dicho día se encuentre comprendido dentro de la jornada ordinaria del respectivo dependiente y no coincida con un festivo, por cuanto, concluir lo contrario conduciría al absurdo de impedir al trabajador ejercer un derecho en la oportunidad indicada.

La conclusión anotada precedentemente guarda armonía con la jurisprudencia de este Servicio contenida en Ordinario Nº 1844, de 20.05.2014.

Ordinario Nº 4780, de 21.09.2016:

Del análisis conjunto de las normas legales antes transcritas se infiere, en lo que interesa, que por regla general, todo trabajador con más de un año de servicios para un empleador tiene derecho a gozar de un feriado anual de quince días hábiles con derecho a remuneración íntegra, el cual deberá ser otorgado de forma preferente en primavera o en verano, según las necesidades del servicio.

Se infiere, asimismo, que para el cómputo del beneficio de feriado, vale decir, para calcular el número de días que el mismo comprende, el día sábado debe considerarse siempre inhábil, cualquiera sea el número de días en que se encuentre distribuida la respectiva jornada laboral. De ello se sigue que el día sábado no debe contabilizarse para los efectos de determinar el número de días de feriado que establece la ley.

Finalmente de las citadas normas se desprende que el feriado debe ser de días continuos, no obstante lo cual el legislador faculta a las partes de la relación laboral para acordar fraccionar aquellos que exceden de 10 días hábiles.

Ahora bien, en la especie se trata de determinar si un trabajador que labora sólo un día a la semana, específicamente el día sábado, tiene derecho a hacer uso de feriado en forma fraccionada en dicho día, teniendo presente la disposición contenida en el artículo 69 del Código del Trabajo, antes transcrita y comentada.

Para resolver sobre el particular es preciso analizar, en primer término, el objetivo perseguido por el legislador al establecer el beneficio de feriado anual, cual es, principalmente, según se expresa, entre otros, en dictamen N° 6256/279, de 09.01.1995 "permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva..."

En relación con lo anterior, cabe agregar que el feriado legal es un beneficio que la ley garantiza a todo trabajador que ha cumplido con el requisito temporal exigido por nuestra normativa, y que se traduce en el derecho de éstos de ausentarse de sus labores y no prestar servicios en el período correspondiente, sin perder con ello el derecho a remuneración durante el mismo.

Por otra parte, es necesario considerar el carácter irrenunciable del derecho a feriado anual, lo que aparece de manifiesto en la disposición contenida inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo, disposición que prescribe que: "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo."

Armonizando lo expuesto en párrafos que anteceden, preciso es convenir que tratándose de un trabajador cuya jornada laboral se encuentra distribuida contractualmente sólo en un día a la semana, específicamente en día sábado, no existe impedimento legal para que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 70, inciso 1°, del Código del Trabajo, que, como ya se expresara, permite a las partes de la relación laboral acordar fraccionar el exceso sobre 10 días hábiles de feriado continuo, dicho dependiente haga uso de feriado fraccionado en día sábado, toda vez que en tal caso esa es su única posibilidad de ejercer tal derecho por ser éste el día en que contractualmente le corresponde laborar y en que puede liberarse de su obligación de prestar servicios por tal causa.

Sostener lo contrario implicaría privar a los trabajadores que se encuentran en tal situación de un beneficio laboral expresamente consagrado por la ley y una renuncia de derechos por parte de los involucrados, la que, como se expresara, se encuentra expresamente prohibida estando vigente la respectiva relación laboral.

Una tesis similar a la expuesta ha sido sostenida por este Servicio, entre otros, en Ordinarios N° 3565 de 05.07.2016 y 1844, de 20 de mayo de 2014, cuyas copias se adjuntan para su mejor comprensión.

Ordinario N° 5522, de 15.11.2017

De las normas transcritas es posible inferir que el legislador permite el establecimiento de jornadas parciales, la que debe presentar las siguientes particularidades: a) Se admite el pacto de horas extraordinarias, b) La jornada diaria debe ser continua y no puede exceder de 10 horas, interrumpiéndose para efectos de la colación, c) Los trabajadores con jornada parcial gozan de iguales derechos que los trabajadores con jornada completa y d) El límite máximo para el pago de la gratificación dispuesta en el artículo 50 del Código del Trabajo, debe ser en una proporción entre las horas convenidas con jornada parcial y el de la jornada ordinaria.

Tal como lo dispone la norma previamente citada, los trabajadores con jornada parcial, gozan de iguales derechos que los trabajadores con jornada completa, a excepción de las normas específicas señaladas en los artículos 40 Bis y siguientes del Código del Ramo.

Este Servicio ya se ha pronunciado acerca del feriado anual de los trabajadores con jornada parcial, en particular, en el Dictamen Ordinario N° 339/27 de 30.01.2002 el que dispone: “En materia de feriado anual, considerando que el Párrafo 5° en comento no contiene normas especiales sobre la materia, son aplicables las normas generales que al efecto contemplan los artículos 66 y siguientes del Código del Trabajo.

Es del caso precisar al respecto, que estos trabajadores, al igual que los dependientes con jornada completa, tienen derecho a quince días hábiles de feriado anual con remuneración íntegra, contabilizándose tales días de la misma forma que aquellos, esto es, de lunes a viernes, agregando los días sábados, domingo y festivos que incidan en el período de descanso, careciendo de relevancia para los efectos del cómputo del beneficio en comento la circunstancia de que puedan encontrarse sujetos a una jornada distribuida en menos de cinco días a la semana.

A vía de ejemplo, en el caso de un trabajador con una jornada distribuida en tres días a la semana, se deben contabilizar los quince días, igualmente de lunes a viernes, correspondiéndole un total de tres semanas, si su feriado se hace efectivo a contar de un día lunes.

Cabe agregar que la remuneración íntegra a que tienen derecho los trabajadores de que se trata durante su feriado, es aquella remuneración que perciben habitualmente, vale decir, si se les paga, por ejemplo, \$100.000 semanalmente, durante las tres semanas en que hagan uso de este beneficio tendrán derecho a \$300.000 en total.”

En consecuencia, no existen distinciones en materia de feriado entre trabajadores sujetos a jornada parcial y trabajadores con jornada completa, para ambos tipos de jornada las reglas de cómputo del mismo, son equivalentes, esto es, que se contabilizan de lunes a viernes, pues el día sábado es inhábil.

No obstante que el feriado debe ser continuo, el legislador permite que el exceso sobre 10 días pueda ser fraccionado por acuerdo de las partes. En tal

caso, los días de feriado corresponderán a aquellos contemplados en la jornada de trabajo, de tal manera de hacer efectivo el derecho irrenunciable al descanso, en la forma contemplada en el citado Ordinario N° 4.780.

Ordinario N° 5770, de 29.11.2017

Conforme a las disposiciones legales precedentes, los trabajadores con más de un año de servicio tienen derecho a quince días hábiles de descanso, los que de preferencia serán otorgados en primavera o verano conforme a las necesidades del servicio, considerándose por regla general para tales efectos el sábado como día inhábil, y pudiendo de común acuerdo trabajador y empleador, fraccionar el exceso sobre diez días hábiles.

En principio entonces, para computar el feriado de los trabajadores afectos a una jornada ordinaria de trabajo distribuida de lunes a sábado, en general sólo deben considerarse los días hábiles, debiendo excluirse los domingos, los festivos y los sábados.

Sin embargo y en particular, formando parte los sábados y domingos de la jornada ordinaria de trabajo, el criterio a aplicar debe modificarse, pues en tal caso y excepcionalmente, el trabajador puede y debe hacer efectivo su feriado en sábado y domingo, días que para el interesado son ordinariamente de trabajo.

En efecto, el objeto del legislador al establecer el beneficio del feriado anual, consiste en “permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva...” (Dictamen N° 6256/279, de 09.10.95).

Asimismo, es necesario tener presente también el carácter irrenunciable del derecho a feriado anual, conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo, esto es, “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Así entonces, es razonable interpretar las normas sobre feriado en el sentido que efectivamente y en los hechos el trabajador pueda gozar de su derecho al descanso, y para este propósito, las partes, en el caso que días inhábiles formen parte de la jornada de trabajo, podrán acordar conforme al inciso 1° del artículo 70 del Código del Trabajo, fraccionar el exceso sobre diez días

hábiles de feriado continuo, resultando como se advierte, que ésta es la única alternativa para ejercer el derecho a feriado.

En definitiva, como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa de este Servicio, “Sostener lo contrario implicaría privar a los trabajadores que se encuentran en tal situación de un beneficio laboral expresamente consagrado por la ley y una renuncia de derechos por parte de los involucrados, la que, como se expresara, se encuentra expresamente prohibida estando vigente la respectiva relación laboral” (Ordinario N° 4780, 21.09.2016).

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa invocada, cúmpleme manifestar que no existe inconveniente legal para que un trabajador haga uso de feriado fraccionado en días inhábiles, siempre que éstos se encuentren comprendidos en la jornada ordinaria de trabajo del respectivo dependiente.

Ordinario N° 1740, de 06.04.2018:

En consecuencia, no existen distinciones en materia de feriado entre trabajadores sujetos a jornada parcial y trabajadores con jornada completa, para ambos tipos de jornada las reglas de cómputo del mismo, son equivalentes, esto es, que se contabilizan de lunes a viernes, pues el día sábado es inhábil.

No obstante que el feriado debe ser continuo, el legislador permite que el exceso sobre 10 días pueda ser fraccionado por acuerdo de las partes. En tal caso, los días de feriado corresponderán a aquellos contemplados en la jornada de trabajo, de tal manera de hacer efectivo el derecho irrenunciable al descanso, en la forma contemplada en el citado Ordinario N° 4.780, de fecha 21.09.2016, cuya copia se adjunta al presente oficio.

Ahora bien, según se obtiene de la tabla adjunta a su presentación, se realizaría una proporción de días de feriado según los días trabajados en la semana, lo que no se aviene a lo indicado precedentemente debiendo ser otorgado en la forma señalada en los párrafos anteriores, sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.

Ordinario N° 1039, de 21.03.2019

Mediante presentación del antecedente 2), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a si resulta jurídicamente procedente que un trabajador que se desempeña en actividades exceptuadas del descanso en domingo y festivos, goce de feriado

fraccionado en domingo.

Al respecto, cúmpleme informar a Ud. que este Servicio, mediante Ordinario N° 5770 de 29.11.2017 (cuya copia se adjunta), ha informado que no existe inconveniente legal para que un trabajador haga uso de feriado fraccionado en días inhábiles, siempre que éstos se encuentren comprendidos en la jornada ordinaria de trabajo del respectivo dependiente.

Ordinario N° 767, de 27.02.2019

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa invocada, cúmpleme manifestar que no existe inconveniente legal para que un trabajador haga uso de feriado fraccionado en días inhábiles, siempre que éstos se encuentren comprendidos en la jornada ordinaria de trabajo del respectivo dependiente. Asimismo, el goce excepcional de feriado en día domingo, no impide el descanso de al menos dos domingos en el mes que establece el artículo 38 inciso 4° del Código del Trabajo.

La acumulación del feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2446/0113, de 25.04.1994:

"Por expresa disposición del legislador el feriado puede ser acumulado hasta por dos períodos consecutivos, en el evento que exista acuerdo entre empleador y trabajador.

De ello se sigue que es requisito indispensable para que opere la acumulación del beneficio referido el que las partes así lo convengan, no resultando jurídicamente procedente, en consecuencia que el empleador en forma unilateral así lo disponga".

Ordinario N° 6287 de 28.12.2017

A través de Dictamen Ordinario N° 6017/310, señaló:

"De la disposición legal citada se desprende que el feriado podrá acumularse, habiendo acuerdo de las partes, hasta por dos períodos consecutivos, y si el trabajador ya tiene acumulados dos períodos, el empleador está obligado a otorgar el primero de ellos antes del año que da derecho a un nuevo período.

"De este modo, la ley hace recaer sobre el empleador la obligación de otorgar el feriado como descanso cuando ya se han acumulado dos períodos, lo que debe hacer antes de completarse un nuevo período para feriado.

“No obstante, si por cualquier circunstancia, y a pesar de la prohibición antedicha, se hubiere acumulado más de dos períodos, la doctrina reiterada de esta Dirección, manifestada, entre otros, en dictamen N° 78, de 12.01.82, ha señalado que el trabajador tiene derecho a impetrar la totalidad de los días que comprende la acumulación, y sostener que se pierda alguno de los períodos involucraría imponer una renuncia de derechos al dependiente, lo que se encuentra prohibido por el artículo 5° del Código del Trabajo. Agrega que la acumulación excesiva de períodos constituiría sólo una infracción a la legislación laboral, que en ningún caso puede traer como consecuencia la privación del derecho al descanso, procediendo únicamente sancionarla administrativamente respecto del empleador con multa a beneficio fiscal.”

Por su parte, el Dictamen Ordinario N° 2474/57 de 30.06.2003, por Ud. citado, se refiere al fraccionamiento del feriado, mas no a su acumulación por más de dos períodos, y, en este contexto, precisa que el empleador no puede obligar al trabajador a hacer uso de un mayor número de días (en el caso en consulta se trataba de hacer uso de 20 días de feriado) que el establecido en el artículo 70 del Código del Trabajo, para luego descontarlos en el correspondiente finiquito.

De esta manera, es dable indicar que, el precitado pronunciamiento N° 2474/57 no resulta aplicable al caso por Ud. indicado, por tratarse de supuestos fácticos completamente distintos.

Luego, respecto a su consulta sobre el procedimiento que debe llevar a cabo como empleador en estos casos, es menester recordar que, este Servicio ha definido el poder de dirección del empleador como “(...) el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de:

a) Organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de poder de dirección;(…)”(Dictamen N° 6077/405 de 10.12.1998)

Por su parte, el Ordinario N° 1165 de 20.03.2013 señalo que, “(...) la ley hace recaer sobre el empleador obligaciones precisas en materia de administración y dirección, que no pueden ser renunciadas ni modificadas por éste, de modo que no resulta procedente traspasar esta responsabilidad a la Dirección del Trabajo cuya función es la de fiscalizar, entre otros, el cumplimiento de tales deberes”.

En este sentido, el empleador se encuentra facultado para organizar la empresa con el fin de dirigir y fiscalizar la actividad laboral, debiendo, en virtud de dicha facultad, cumplir con las obligaciones que el legislador le ha impuesto, como es la de otorgar el feriado, en los términos del artículo 70 del Código del Trabajo.

Por tanto, cabe indicar que, esta Dirección carece de competencia para determinar el procedimiento específico de otorgamiento de feriado, en el caso de acumulación de más de dos períodos.

Ordinario Nº 2424, de 28.05.2018:

Del precepto legal transcrito es posible inferir que, por expresa disposición del legislador, el feriado puede ser acumulado hasta por dos períodos consecutivos, en el evento de que exista un acuerdo en tal sentido entre las partes de la relación laboral.

De ello se sigue que es requisito indispensable para que opere la acumulación del beneficio el que las partes así lo convengan, no resultando jurídicamente procedente, en consecuencia, que el empleador lo disponga en forma unilateral.

En armonía con lo anteriormente expresado, el mencionado precepto agrega que si un dependiente acumula dos períodos consecutivos de feriado, debe usar al menos, el primero de ellos antes de completar el año que le daría derecho a un tercer feriado.

Ahora bien, del análisis de la señalada normativa, aparece que el legislador, al regular la institución que nos ocupa, solo se limitó a establecer los períodos de feriado que pueden acumularse, limitándolos a dos, sin especificar si ellos deben ser completos o pueden también comprender parte del beneficio, lo que ocurriría, por ejemplo, si las partes hubieran acordado el fraccionamiento del feriado anual en los términos establecidos en el inciso 1° del artículo 70 del Código del Trabajo, y no hubieran hecho uso de los respectivos días en la anualidad correspondiente.

Teniendo presente lo precedentemente expuesto en cuanto a la facultad de las partes para pactar el fraccionamiento del feriado, el principio de autonomía de la voluntad, anteriormente invocado, y el argumento de interpretación de la ley denominado de no distinción que se expresa en el aforismo jurídico “Donde la ley no distingue, no es lícito al interprete distinguir”, forzoso resulta concluir

que para los efectos de la acumulación del beneficio de feriado no solo podrán considerarse períodos completos de que no se haya hecho uso, sino también una fracción de ellos, en la medida que no se exceda el máximo de dos que para tal efecto establece la ley.

Sostener lo contrario importaría una renuncia de derechos por parte del trabajador afectado al impedirle acumular parte de los días de feriado de que no hizo uso en su oportunidad y, por consiguiente, gozar de la totalidad de los días que por tal concepto le garantiza la ley.

De esta suerte, en la especie, no cabe sino concluir, que para los efectos de la acumulación del beneficio de feriado corresponderá considerar tanto periodos completos de los que no se haya hecho uso en su oportunidad, como una fracción de ellos, en la medida que no se exceda el máximo que para tal efecto establece la ley.

Ordinario Nº 6509, de 26.12.2018

Resulta procedente informar que la expresión "período" contenida en el artículo 70 del Código del Trabajo, se refiere a los días de feriado básico a que el trabajador tiene derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 67 del Código del Trabajo, y que, para todos los efectos legales, el feriado progresivo tiene el carácter de accesorio y adicional al feriado básico.

Ordinario Nº 731, de 25.02.2019

2) En cuanto a esta interrogante, cabe informar que, esta Dirección, en armonía con la doctrina expuesta precedentemente, mediante Ord. Nº 1539 de 07.04.2011, ha precisado que la ley impone al empleador la obligación de otorgar el beneficio de feriado como descanso cuando ya se han acumulado dos períodos, de suerte tal que, en uso de sus facultades de administración deberá arbitrar las medidas necesarias para que el trabajador haga uso de dicho beneficio en la oportunidad legal, máxime si se considera que la acumulación excesiva de feriado constituye una infracción a la legislación laboral, susceptible de ser sancionada administrativamente.

Ordinario Nº 078, de 12.01.1982.

"El trabajador que ha acumulado más de dos períodos de feriado consecutivos, goza por dicho concepto de la totalidad de los días comprendidos en la acumulación de más de dos feriados sólo constituye una infracción a la ley laboral y sancionable, tal infracción no puede traer como consecuencia la privación del derecho".

Ordinario N° 731, de 25.02.2019

1) Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. que la doctrina institucional contenida entre otros, en Dictámenes N°s 2540/193 de 20.06.2000 y 6017/310 de 09.10.1997, ha precisado que el feriado no puede compensarse en dinero, salvo en los casos de excepción que la ley contempla, uno de los cuales es que el trabajador, habiendo cumplido los requisitos para hacer uso de dicho beneficio, deje de pertenecer a la empresa por cualquier circunstancia. De esta suerte, dándose esta situación, no existe impedimento legal para pagar una indemnización por tal concepto.

Tratándose de trabajadores que a la fecha del término de su contrato hubieren acumulado más de dos períodos de feriado, la señalada jurisprudencia ha resuelto que aquellos tienen derecho a impetrar la totalidad de los días que comprenda la acumulación, no obstante que el período de esta exceda del límite máximo que la ley permite. Ello atendido, que se trata de un derecho irrenunciable a la luz del artículo 5° del Código del trabajo.

Utilización del feriado durante el aviso previo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1111, de 24.05.1982.

"Resulta procedente hacer uso del feriado anual durante el período de aviso de desahucio si el trabajador consciente en ello".

El derecho a feriado trabajadores con contrato por obra o faena determinada

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4574/0288, de 07.09.1993:

Cuando la obra o faena para la cual fueron contratados los referidos trabajadores excede de un año, estos tienen derecho al feriado básico de 15 días hábiles con remuneración íntegra. Por el contrario, si la obra tiene una duración inferior a dicho lapso de tiempo, el beneficio en cuestión debe ser indemnizado en proporción al tiempo que medie entre su contratación y el término de sus funciones.

Opción de pago diferido del feriado proporcional que de origen cada contrato y su pacto en el finiquito.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 954/009, de 15.03.2019:

De la norma legal precedentemente anotada, se concluye que el legislador ha consagrado el derecho a hacer uso de un feriado legal de 15 días hábiles, con derecho a remuneración íntegra, no sólo a los trabajadores sujetos a un contrato por obra o faena que ha durado más de un año, sino también a los trabajadores que hubieren prestado servicios continuos a un mismo empleador en virtud de dos o más contratos por obra o faena que, en conjunto, excedan de un año.

Para tal efecto, con ocasión del término de los contratos por obra o faena que duren menos de un año, el trabajador podrá optar por diferir el pago del feriado proporcional, en la medida que sumada la duración del respectivo contrato por obra o faena no superior a un año, con los contratos inmediatamente anteriores, no sumen más de un año, ya que si superan más de un año deberá necesariamente el trabajador ejercer el feriado con derecho a remuneración íntegra aplicando las demás normas generales de feriado o recibir al término de este último contrato por obra o faena, con el cual superó más de un año en conjunto, el pago en dinero total de los días de feriado pendiente y proporcional acumulados y devengados al término del contrato de trabajo.

La opción de diferir el pago de feriado proporcional es un derecho o prerrogativa del trabajador y deberá quedar expresamente señalada en el finiquito laboral, señalando cuántos son los días hábiles y fracción a los que tiene derecho el trabajador, sin que el empleador se pueda negar a esa opción. El diferimiento debe quedar sujeto a la condición de celebrarse un contrato de trabajo por obra con el mismo empleador inmediatamente a continuación del contrato finiquitado y en caso de que esto no se realice, el trabajador tendrá derecho a exigir ejecutivamente el pago del feriado proporcional diferido.

A continuación, se presentan algunos ejemplos de aplicación de la opción de feriado proporcional diferido

	<i>Duración</i>	<i>Puede diferir feriado proporcional</i>

Contrato 1	13 meses	No
-----------------------	---------------------	-----------

	Duración	Puede diferir feriado proporcional
Contrato 1	7 meses	Sí
Contrato 2	7 meses	No
Total	14 meses	

	Duración	Puede diferir feriado proporcional
Contrato 1	3 meses	Sí
Contrato 2	5 meses	Sí
Contrato 3	5 meses	No
Total	13 meses	

En los contratos por obra o faena determinada que no sea posible que el trabajador opte por diferir el pago de feriado proporcional, ya que sobrepasan en conjunto un año, el empleador deberá pagar en el finiquito laboral respectivo todos los días acumulados de feriado, pendientes y proporcionales, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo, que establece que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Para efectos de pagar en dinero el feriado, se aplicarán las normas generales respectivas, entre ellas el artículo 178 del Código del Trabajo que establece que las indemnizaciones por término de contratos de trabajo establecidas por ley no constituirán renta para ningún efecto tributario. Sin perjuicio de ello y considerando que el derecho a diferir el pago es una determinación exclusiva del trabajador, en la que el empleador no tiene injerencia, no sería aplicable a su respecto la obligación de aplicar reajustes e intereses contenida en el artículo 63 del mismo Código.

El feriado progresivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 2786, de 25.05.2016:

Al respecto, la doctrina de este servicio contenida, entre otros, en dictamen N° 4551/222, de 21.07.95 ha establecido que "los años de servicio que permiten acceder al feriado progresivo presentan actualmente dos características, a saber:

a) Pueden ser con uno o más empleadores.

b) Pueden ser continuos o discontinuos.

a) Por lo que concierne a la primera de las características enunciadas, cabe señalar que la norma en análisis permite al trabajador invocar, para los efectos del beneficio en estudio, tanto años servidos a un mismo empleador como a distintos empleadores; con todo en este último caso, la ley ha limitado a 10 el número de años de servicio que se pueden hacer valer y ha dispuesto.

b) La otra característica que presentan los años de servicio en la materia en estudio radica en que pueden ser continuos o discontinuos, en términos que no afecta el derecho al beneficio las soluciones de continuidad que pueda existir entre los años laborados."

En este sentido, los antecedentes aportados reflejan respecto del trabajador en consulta, que tuvo una relación laboral con la empresa desde abril de 2005 a septiembre de 2008, la que terminó y respecto de la cual, según Ud. indica, se extendió finiquito, siendo recontratado por el mismo empleador posteriormente, aproximadamente al cabo de diez meses, y que durante el tiempo intermedio de dichos contratos, así como con anterioridad a la primitiva fecha de ingreso, había prestado servicios a otros empleadores.

Por consiguiente, a la luz de la doctrina enunciada y de las consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, es preciso distinguir entre el tiempo trabajado para el actual empleador y el tiempo trabajado para otros empleadores, ya sean continuos o discontinuos, a fin de computar los plazos establecidos en el artículo 68.

En el caso en consulta, el trabajador tiene actualmente derecho a invocar, en conformidad al señalado precepto, hasta diez años de servicio prestados a otros empleadores para impetrar días adicionales de feriado y, además, todo el tiempo que ha laborado para su actual empleador, dado que la norma en comento contempla el beneficio para los trabajadores que han enterado diez años de trabajo para un mismo empleador, continuos o no.

En el mismo sentido, el Ord. N° 6309/284 de fecha 14.11.96, en respuesta a consulta sobre cómputo de feriado progresivo, indicó que "los trabajadores de Industrias Sumar S.A. que habiendo prestado servicios a la empresa, fueron finiquitados y posteriormente recontratados y que a la vez, con anterioridad a su ingreso a dicha empresa, habían prestado servicios a otros empleadores, pueden hacer valer para los efectos del feriado progresivo, hasta diez años de servicios prestados a otros empleadores y todo el tiempo que han laborado para la citada empresa.", interpretación que es compartida por el Ord. N° 5.170/159 de 26.07.91.

En conclusión, en virtud de lo prescrito por el artículo 68 del Código del trabajo, los antecedentes y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que el trabajador cuyo caso motiva su consulta, puede impetrar hasta diez años de servicio prestados a distintos empleadores y todo el tiempo que ha laborado para su actual empleador, dado que la norma en comento contempla el beneficio para los trabajadores que han enterado diez años de trabajo para un mismo empleador, sean estos continuos o no.

Ordinario N° 2694/034, de 21.07.2014:

Del análisis armónico de las disposiciones legales precedentemente transcritas, fluye que todo trabajador que haya cumplido un año de servicios tiene derecho a gozar de un descanso anual básico equivalente a 15 días hábiles y de 20 días hábiles los dependientes que prestan servicios en las regiones duodécima y undécima y Provincia de Palena, con derecho a remuneración íntegra y que para los efectos del cómputo de dicho beneficio el día sábado debe ser considerado inhábil.

Asimismo, se infiere que el uso del feriado debe ser ininterrumpido, y que excepcionalmente el legislador permite que sea fraccionado mediante el acuerdo de las partes, en lo que exceda de diez días hábiles.

Se infiere, además, que la ley permite acumular el feriado hasta por dos períodos consecutivos siempre que exista acuerdo de las partes en tal sentido.

Igualmente, se desprende que todo dependiente, con diez años de servicio, sean continuos o discontinuos para uno o más empleadores, tiene derecho a gozar de un día adicional de descanso, a su feriado legal, cada tres nuevos años laborados sobre los primeros diez.

Cabe sostener que el efecto del beneficio indicado en el acápite anterior, denominado feriado progresivo, es que se adicione un día de descanso al feriado legal básico del trabajador, en razón de sus años de prestación de servicios, de lo cual se desprende que dicho beneficio tiene un carácter accesorio, que le impide subsistir independientemente del feriado legal anual de 15 días hábiles.

En efecto, la jurisprudencia vigente y uniforme de este Servicio, contenida entre otros, en Dictamen 0532/29 de 02.02.2004, precisó: "Los días de feriado progresivo a que tienen derecho de conformidad al artículo 68 del Código del Trabajo los dependientes de la empresa Envases Técnicos Ltda., han pasado a incrementar su feriado básico y deberán otorgárseles a continuación del mismo, ya sea que hagan uso de éste en su totalidad o lo hayan fraccionado de común acuerdo sobre el exceso de diez días hábiles, no resultando jurídicamente procedente que se otorguen separadamente del feriado básico."

Pues bien, dado que según ya se indicara, el objetivo del feriado progresivo es otorgar un día de descanso adicional al feriado legal a que tiene derecho el trabajador, resulta forzoso concluir, que el dependiente debe acreditar los requisitos para impetrarlo, antes de hacer uso de su feriado anual básico.

Así lo ha sostenido nuestra doctrina institucional, contenida entre otros, en Dictamen 4551/222 de 21.07.1995, que señala: "el trabajador debe probar los años de servicio antes de hacer uso del feriado básico, de forma tal que si no lo hace pierde el beneficio durante ese año, no pudiendo tampoco agregarlo a feriado posteriores; en otros términos, el derecho a adicionar días de descanso al feriado básico nace en el momento en que se acreditan los años de servicio no siendo viable acumular y exigir retroactivamente los días de

feriado progresivo de que se habría podido hacer uso en caso de haber probado oportunamente los años de trabajo."

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que para gozar del feriado progresivo a que tenga derecho, el trabajador deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos, con anterioridad a la fecha a partir de la cual hará uso de su feriado legal básico.

Ordinario N° 4551/0222, de 21.07.1995:

"Concepto

El feriado progresivo es un beneficio que consiste en días de descanso que se adicionan al feriado básico, cuyo número se determina por los años de servicio que detenta el trabajador en las condiciones que señala la ley.

Procedencia

Para acceder al feriado progresivo, el dependiente deberá, previamente, reunir los requisitos necesarios para tener derecho al feriado básico, esto es, haber cumplido un año de servicio, de acuerdo al artículo 67 del Código del Trabajo.

Características de los años de servicio

Los años de servicio que permiten acceder al feriado progresivo presentan actualmente dos características, a saber:

a) Pueden ser con uno o más empleadores

b) Pueden ser continuos o discontinuos

a) Por lo que concierne a la primera de las características enunciadas, cabe señalar que la norma en análisis permite al trabajador invocar, para los efectos del beneficio en estudio, tanto años servidos a un mismo empleador como a distintos empleadores; con todo en este último caso, la ley ha limitado a 10 el número de años de servicio que se pueden hacer valer y ha dispuesto, incluso, en la letra c) del artículo 13 transitorio del Código, que los nuevos días de feriado a que de lugar la acreditación de años de trabajo con otros empleadores diversos del actual "se agregarán a razón de un día por cada año calendario, a partir del inicio de 1993".

En relación también con los años de servicio esta Dirección ha analizado dos situaciones de carácter especial en que se planteaba la duda de si existía uno o más empleadores para los efectos del feriado progresivo.

La primera de ellas incide en un problema de quiebra, resolviéndose mediante dictamen 309/018, de 23.01.1986 que “los servicios prestados por los trabajadores despedidos con ocasión de quiebra de Manufacturas . . . S.A. y contratados posteriormente por Manufacturas . . . S.A. Unidad Económica-Continuidad de Giro han de entenderse prestados a un mismo empleador para los efectos del feriado progresivo”.

El segundo caso se refiere al efecto que pueden tener en el feriado progresivo las transformaciones jurídicas que experimente la sociedad propietaria de una empresa concluyéndose en el caso específico que “los servicios prestados por los trabajadores de la empresa Vidrios . . . S.A. y que con anterioridad se desempeñaron en . . . S.A., Industrias . . . S.A. Vidrios, Cristales . . . S.A. y . . . S.A. pueden ser considerados efectuados para un mismo empleador”.

Resulta jurídicamente procedente considerar para los efectos del feriado progresivo los años de servicio prestados en calidades distintas a las del sector privado o en regímenes jurídicos diferentes al del Código del Trabajo, toda vez que el legislador no ha efectuado distingo alguno al respecto, no siendo viable, por ende, al intérprete distinguir.

b) La otra característica que presentan los años de servicio en la materia en estudio radica en que pueden ser continuos o discontinuos, en términos que no afecta el derecho al beneficio las soluciones de continuidad que pueda existir entre los años laborados. Así lo ha entendido esta Dirección en diversos dictámenes pudiéndose citar al respecto los dictámenes 9811/0174, de 19.12.1989 y 9952/0173, de 26.12.1989.

Acreditación

El trabajador debe probar los años de servicio antes de hacer uso del feriado básico, de forma tal que si no lo hace pierde el beneficio durante ese año, no pudiendo tampoco agregarlo a feriados posteriores; en otros términos, el derecho a adicionar días de descanso al feriado básico nace en el momento en que se acreditan los años de servicio no siendo viable acumular y exigir retroactivamente los días de feriado progresivo de que se habría podido hacer uso en caso de haber probado oportunamente los años de trabajo. A la inversa,

si el trabajador acreditó en tiempo y forma sus años de servicio y el empleador no otorgó los correspondientes días de feriado progresivo estos “pueden ser exigidos en forma retroactiva en tanto no se hubiere declarado judicialmente su prescripción”, según concluye el dictamen 304/017, de 23.01.1986.

Conservación

Ahora bien, habida consideración de que uno de los requisitos que establece el artículo 5º transitorio para la conservación de un feriado progresivo adquirido a través de servicios prestados a más de un empleador es el de haber tenido contrato vigente al 14 de agosto de 1981, preciso es afirmar que el beneficio en referencia se extingue desde el momento en que se celebra un nuevo contrato de trabajo con posterioridad a la fecha indicada, sea con el mismo o con distintos empleadores.

En otros términos, la aplicabilidad de la norma transitoria en análisis está íntimamente vinculada a la subsistencia de la relación laboral entre el trabajador y la empresa para la cual prestaba servicios a la fecha de la dictación de la ley 18.018, de manera que en toda nueva contratación que se efectuó o se efectuó con posterioridad al 14 de agosto de 1981, las relaciones entre trabajadores y empleadores han quedado regidas, en materia de feriado progresivo, exclusivamente por las normas permanentes vigentes a la época de celebración del nuevo contrato.

Remuneración

No existe ninguna norma especial que determine la forma como debe remunerarse el feriado progresivo, de suerte que este debe entenderse afecto a la norma general que establece que durante el feriado el trabajador debe percibir su remuneración íntegra.

Compensación

A diferencia de lo que ocurre con el feriado básico, el feriado progresivo, al tenor del artículo 68 ya transcrito, es susceptible de negociación individual o colectiva.

Lo anterior se traduce en la posibilidad que tiene el trabajador de no hacer uso de los días de descanso que por concepto de feriado progresivo le correspondan, pudiendo compensarlos en dinero en la forma que acordaren con su empleador a través de una negociación individual o colectiva.

Con todo, el legislador ha fijado la suma mínima que puede acordarse en tal caso, estableciendo en el inciso final del artículo 73 del Código del Trabajo que esta no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar lo dispuesto en el artículo 71, esto es, la remuneración íntegra.

Feriado Colectivo

El ejercicio del derecho que el artículo 76 confiere al empleador, en orden a implantar feriado colectivo no puede transgredir o menoscabar el feriado progresivo que pudiere corresponder a los trabajadores afectados; en tal sentido se ha pronunciado esta Dirección en dictamen 3312, del 09.06.1969 que resolvió que siendo el feriado progresivo un derecho irrenunciable, si una empresa concede feriado colectivo a su personal, el empleador deberá arbitrar las medidas que estime conveniente para cumplir debidamente las normas sobre feriado progresivo.

Prescripción

Aplicando lo expuesto al beneficio en análisis es necesario distinguir 2 situaciones:

- a) Que el derecho a feriado nazca y se pretenda ejercer durante la vigencia de la relación laboral; y*
- b) Que el derecho nazca encontrándose vigente el contrato, y se pretende ejercer una vez extinguida la relación laboral.*

En el primer caso, el trabajador podrá ejercer la acción para hacer uso de feriado progresivo en cualquier tiempo desde el momento en que el derecho se hace exigible, sin perjuicio de que sólo podrá exigir días de descanso por concepto de feriado progresivo hasta 2 años hacia atrás, contados desde la misma fecha.

En la segunda situación planteada, habida consideración de que la relación laboral se encuentra extinguida en el momento de pretender hacer efectivo el derecho, corresponde aplicar el inciso 2º del citado artículo 480, por lo tanto, la acción para obtener la compensación del feriado progresivo prescribirá en el plazo de seis meses, contado desde que dichos servicios terminaron, encontrándose, en todo caso, la demanda del actor sujeta al límite previsto en el inciso 1º de la norma en comento; en otros términos, no obstante el plazo de seis meses, el trabajador podrá exigir la compensación de los días de

descanso por concepto de feriado progresivo hasta dos años, contados desde que se hicieron exigibles“.

Ordinario N° 2616/0125, de 02.05.1994:

“Esta Dirección mediante dictamen N° 981/067, de 1993, resolvió que la comprobación de los años servidos para los efectos del feriado, debe efectuarse a través de alguno de los medios de prueba que se señalan en el artículo 10 del Decreto Reglamentario N° 586, publicado en el Diario Oficial de 19.04.1965, cuyas normas han de estimarse vigentes, en conformidad a lo previsto en el artículo 3° transitorio de la ley N° 18.620, en todo lo que resulte compatible con las disposiciones del Código del Trabajo.

De esta manera y conforme a lo previsto en el citado artículo 10 del Decreto Reglamentario N° 586, deben tenerse como mecanismos adecuados para acreditar los años trabajados para distintos empleadores, entre otros, los siguientes:

a) Certificación otorgada por las Inspecciones del Trabajo, de acuerdo a los antecedentes de que dispongan estos servicios;

b) Mediante cualquier instrumento público en el cual conste la prestación de servicios de modo fidedigno, como sentencias judiciales, convenios o fallos arbitrales, escrituras públicas, o certificados otorgados por las respectivas instituciones de previsión a que el interesado pertenezca o haya pertenecido, y

c) Como último medio y a falta de cualquier otro anterior, se pueden acreditar los años a través de informaciones para perpetua memoria, en conformidad a lo preceptuado en los artículos 909 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, debidamente aprobado por el Tribunal competente.

Por lo que concierne a la extinción del beneficio en estudio, cabe señalar que él se encuentra afecto a las reglas contenidas en el artículo 480 del Código del Trabajo.

Ordinario N° 0813/034, de 06.03.2001:

"Para los efectos del feriado progresivo, los servicios prestados por los ex-trabajadores de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, establecimiento "Ferrocarril Arica-La Paz", y contratados posteriormente por la empresa "Administradora XX S.A.", han de entenderse prestados a un mismo empleador".

Ordinario N° 1968/117, de 14.04.1999:

No existiendo ninguna norma especial que determine la forma como debe remunerarse, este debe entenderse afecto a la norma general que establece que durante el feriado el trabajador debe percibir remuneración íntegra, agregando que a igual conclusión se llega si se tiene presente la naturaleza accesoria del feriado progresivo que habilita para sostener que si el feriado básico se concede con remuneración íntegra, igual suerte debe correr el feriado progresivo que se le adiciona.

Ordinario N° 1465/084, de 03.04.1998:

“No resulta procedente computar para los efectos del feriado progresivo, un lapso de tiempo laborado en el extranjero, con distinto empleador”.

Ordinario N° 3746/0193, de 16.06.1995:

“Para los efectos de acceder a los beneficios del feriado progresivo previsto en el artículo 68 del Código del Trabajo, resulta procedente considerar dentro de los diez años de trabajo a que alude la norma citada, los servicios prestados a anteriores empleadores en calidades distintas a las del sector privado y, en regímenes jurídicos diferentes al del Código del Trabajo”.

Ordinario N° 3257/0174, de 24.05.1995:

“El derecho al beneficio del feriado progresivo haciendo valer la norma del inciso 2° del artículo 68 del Código del Trabajo, puede impetrarse al terminar de acreditarse los 10 años de servicio prestados para empleadores anteriores”.

Ordinario N° 5733, de 27.11.2017

Respecto de su primera consulta, cabe tener presente que ella ya se encuentra resuelta mediante el Ordinario N° 931 de 12.02.2016, el que se acompaña.

Sin embargo, es preciso aclarar que, tal como lo dispone el Dictamen Ordinario N° 4551/222 de 21.07.1995 en su parte pertinente: “Dentro del ámbito de la acreditación de años de servicio, esta Dirección ha analizado también otros aspectos del problema, señalando por ejemplo, en dictámenes 3967, de 05.06.69 y 2904, de 04.05.70, que el trabajador debe probar los años de servicio antes de hacer uso del feriado básico, de forma tal que si no lo hace pierde el beneficio durante ese año, no pudiendo tampoco agregarlos a feriados posteriores; en otros términos, el derecho a adicionar días de descanso al feriado básico nace en el momento en que se acreditan los años de servicio no siendo viable acumular y exigir retroactivamente los días de feriado progresivo de

que se habría podido hacer uso en caso de haber probado oportunamente los años de trabajo. A la inversa, si el trabajador acreditó en tiempo y forma sus años de servicio y el empleador no otorgó los correspondientes días de feriado progresivo estos "pueden ser" exigidos en forma retroactiva...", esto es, el beneficio debe ser solicitado con anterioridad a hacer uso de los días de feriado legal, si este se impetra de manera posterior, se pierde sólo por ese año, debiendo sumarse los días progresivos a los quince días de vacaciones del año posterior.

A su segunda consulta, cabe hacer presente que el artículo 69 del Decreto Ley N° 3.500 de 1996, dispone: "El afiliado mayor de sesenta y cinco años de edad si es hombre o mayor de sesenta, si es mujer, o aquél que estuviere acogido en este Sistema a pensión de vejez o invalidez total, y continuare como trabajador dependiente, deberá efectuar la cotización para salud que establece el artículo 84 y estará exento de la obligación de cotizar establecida en el artículo 17. Asimismo, el Art. 91 N° 57 a) empleador estará exento de pagar la cotización destinada al financiamiento del seguro a que se refiere el artículo 59."

El trabajador jubilado, conforme lo señala la norma antes citada, no se encuentra obligado a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones imponibles, por cuanto ya está recibiendo su pensión. Sin embargo, debe seguir enterando en la institución de previsión el equivalente al 7 por ciento de sus remuneraciones imponibles para efectos de salud.

Este trabajador jubilado, salvo la excepción señalada en el párrafo anterior, goza de todos los derechos establecidos en el Código del Trabajo, por lo tanto, el feriado progresivo se aplica igualmente en su caso, pues constituye conforme lo dispone el artículo 5 del Código del Trabajo, un derecho irrenunciable.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina enunciada y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El feriado progresivo debe ser solicitado con anterioridad a hacer uso de los días de feriado legal, si este se impetra de manera posterior, se pierde sólo por ese año, debiendo sumarse los días progresivos a los quince días de vacaciones del año posterior.

Los trabajadores, incluido el trabajador jubilado, deben impetrar el beneficio del feriado progresivo en la forma señalada en el Ordinario N° 931 ya citado, cumpliendo con los requisitos previstos en los artículos 67 y 68 del Código del Trabajo.

Ordinario Nº 4445, de 23.08.2018

Del precepto antes transcrito se desprende que el feriado progresivo es un beneficio que consiste en días de descanso que se adicionan al feriado básico, cuyo número se determina por los años de servicio que detenta el trabajador en las condiciones que señala la ley.

Un concepto similar al señalado se contiene en el Dictamen Nº 5.270/ 246, de 05.09.94, el que en su parte pertinente establece que el feriado progresivo ha sido concebido por el legislador como un beneficio cuyo objetivo es aumentar el feriado básico en razón de la antigüedad o los años de servicio del trabajador.

De la misma disposición legal se infiere que para tener derecho a feriado progresivo el dependiente debe enterar un determinado número de años de servicio; así para acceder al primer día de feriado progresivo, el trabajador deberá haber cumplido 10 años de servicio y luego 3 años más sobre los primeros diez, incrementándose posteriormente el beneficio en un día más cada vez que cumpla 3 nuevos años de labor.

Sin perjuicio de estas condiciones específicas, es del caso puntualizar que, para acceder al feriado progresivo, el dependiente deberá previamente reunir los requisitos necesarios para tener derecho al feriado básico, esto es, haber cumplido un año de servicio conforme al artículo 67 del Código del Trabajo.

En la circunstancia particular que describe, usted puede invocar hasta diez años de servicios prestados para uno o más empleadores anteriores, sean continuos o discontinuos, y con aquello, luego de cumplir cada tercera anualidad con su actual empleador puede impetrar un día adicional de descanso por concepto de feriado progresivo, sin que su condición de jubilado altere tal circunstancia.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa considerada, cúpleme informar a Ud. que cada cumplimiento de tres años de prestación de servicios con su actual empleador, le dará derecho a impetrar un día adicional por concepto de feriado progresivo, careciendo de incidencia para ello su condición de jubilado.

Ordinario Nº 4949, de 27.09.2018

De acuerdo al artículo 68 del Código del Trabajo, el feriado progresivo consiste en el derecho que le asiste al trabajador que ha cumplido 10 años de trabajo,

para uno o más empleadores, continuos o no, para gozar de un día adicional por cada tres nuevos años laborados sobre los primeros diez.

De tal suerte, se observa que el feriado progresivo ha sido concebido por la ley como un beneficio cuyo ejercicio está supeditado al número de años laborados por el trabajador. Así, para tener derecho a gozar del primer día por tal concepto, éste debe haber reunido, en forma previa, una base de 10 años de servicio, y luego, enterar 3 años más sobre los primeros diez, incrementándose posteriormente el beneficio en un día más, cada vez que cumpla 3 nuevos años de labor. De esta forma, dicho incremento se producirá a los 13, 16, 19, 22 años de servicio, y así, sucesivamente.

Precisado lo anterior, cabe destacar que el goce del feriado progresivo requiere que el trabajador cumpla y acredite los años que exige la ley para su otorgamiento.

Ahora bien, en cuanto a la acreditación de los años de servicio, es dable mencionar que la jurisprudencia de esta Dirección, contenida en dictamen N° 4551/222 de 21.07.1995, ha resuelto que el trabajador debe probar los años de servicio antes de hacer uso del feriado básico, de tal forma que si no lo hace pierde el beneficio durante ese año.

De ello se sigue que no resulta viable que el trabajador acumule y exija retroactivamente el feriado progresivo que durante un año no hizo efectivo por no haber acreditado la circunstancia que le permitía acceder a aquel.

Lo anterior no significa privar al trabajador de su feriado progresivo, toda vez que en la próxima anualidad podrá hacerlo efectivo, en la medida que antes de hacer uso del feriado básico acredite los años que exige la ley para adicionar los días que correspondan al feriado progresivo.

Así, y a vía ejemplar, si en el año 2014 el trabajador que tenía tres años de servicio con su actual empleador y diez años con otros empleadores, acreditó dicha circunstancia después de haber hecho uso de su feriado básico, pierde, durante ese año, el día adicional que le correspondía por feriado progresivo, sin perjuicio que en la anualidad siguiente, vale decir, en el año 2015, pueda acceder al día de feriado progresivo que le corresponde en función de los años laborados.

En tales circunstancias no cabe sino concluir que no resulta jurídicamente procedente exigir el otorgamiento del día o días de feriado progresivo que el trabajador no hizo valer de manera oportuna.

Ordinario Nº 2233, de 18.06.2019

No resulta jurídicamente procedente que los días convenidos por concepto de feriado básico, que excedan de 15 días hábiles, al tenor de la cláusula duodécima del contrato colectivo de trabajo suscrito entre Fundación Educacional Nido de Águilas y el Sindicato de Trabajadores de la Fundación Educacional Nido de Águilas, se imputen a días correspondientes a feriado progresivo, por cuanto aquello significaría excluir al respectivo trabajador de un beneficio que consigna la ley y, por ende, irrenunciable, conforme al artículo 5º del Código del Trabajo.

Otorgamiento del feriado progresivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 0532/0029, de 02.02.2004:

"Los días de feriado progresivo a que tienen derecho de conformidad al artículo 68 del Código del Trabajo los dependientes de la empresa XX, han pasado a incrementar su feriado básico y deberán otorgárseles a continuación del mismo, ya sea que hagan uso de éste en su totalidad o lo hayan fraccionado de común acuerdo sobre el exceso de diez días hábiles, no resultando jurídicamente procedente que se otorguen separadamente del feriado básico."

Ordinario Nº 6509, de 26.12.2018

Resulta procedente informar que la expresión "período" contenida en el artículo 70 del Código del Trabajo, se refiere a los días de feriado básico a que el trabajador tiene derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 67 del Código del Trabajo, y que, para todos los efectos legales, el feriado progresivo tiene el carácter de accesorio y adicional al feriado básico.

Compensación en dinero del feriado progresivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3515/0112 de 28.08.2003:

"La compensación del exceso del feriado básico a que se refiere el artículo 68 del Código del Trabajo, comprende, además de los días hábiles, los sábados, domingo y festivos que incidan en el período de descanso que se compensa."

Ordinario N° 3838/0192 de 18.11.2002

"5) Los días adicionales de feriado por concepto de feriado progresivo corresponde agregarlos para el pago de feriado compensatorio o proporcional, de haberse extinguido el contrato de trabajo.

6) La forma de acreditar los años trabajados para empleadores anteriores, para los efectos del feriado progresivo, está señalada en el decreto reglamentario N° 586, de 1964, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, reseñada en este dictamen.

7) El pago por concepto de días adicionales de feriado progresivo al constituir remuneración, quedaría afecto a las normas legales de los artículos 57 y 58 del Código del Trabajo, sobre inembargabilidad y descuentos de las remuneraciones, sin perjuicio de lo demás expresado en este dictamen."

Derecho a feriado progresivo trabajadores extranjeros

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3617/101, de 22.08.2005:

De la disposición legal antes citada, que contiene el denominado feriado progresivo, se desprende, en lo pertinente, que todo trabajador con diez años de trabajo para uno o más empleadores, tendrá derecho a un día más de feriado por cada tres nuevos años laborados por sobre los diez, pudiendo hacerse valer sólo hasta diez años prestados a empleadores anteriores.

Ahora bien, en la especie, se consulta si años trabajados en Alemania, cubiertos con cotizaciones, podrían ser reconocidos para el cómputo del feriado progresivo.

Al respecto, en primer término, se hace necesario tener en consideración que el propósito del legislador al establecer el beneficio del feriado progresivo, ha

sido reconocer más días de descanso anual al trabajador que reuniere mayor cantidad de años laborados, lo que adquiere sentido si se piensa que en la medida que aumentan los años de trabajo la persona del trabajador va requiriendo más días de descanso anual para una mejor recuperación de sus energías.

La doctrina así lo reconoce al señalar: “El aumento del feriado en relación con los años de trabajo (feriado progresivo) es el caso más frecuente y usual de prolongación del feriado básico y a lo cual ya se refirieron los Convenios 52 y 132. Es, también, el más generalizado ante la legislación comparada, y responde a la necesidad de que el feriado sea superior mientras mayor ha sido el número de años trabajados por el dependiente.” (Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, pág. 232).

De este modo, el aumento de días de feriado en razón de más años de trabajo es un beneficio que persigue la protección de la persona del trabajador, independientemente del lugar o ámbito territorial donde tales trabajos se hayan prestado, sea en el país o en el extranjero, si la institución o figura legal tiene por base la persona del trabajador y no el espacio territorial donde reunió los años de servicio.

Desde esta perspectiva, años trabajados efectivamente en el extranjero son años de trabajo, único requisito que exige la norma legal en estudio, y por consiguiente, computables para el beneficio en análisis.

Por otro lado, el legislador en el artículo 68 citado, no distingue si los trabajos computables para el feriado progresivo que se hacen valer han debido serlo en el país, por lo que si el legislador no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, lo que lleva a que jurídicamente sería pertinente considerar para tales efectos, de reunir los requisitos legales, años de trabajo prestados fuera del territorio nacional, en la medida que puedan ser acreditados en forma fehaciente, y por las vías de legalización correspondientes.

De este modo, si la disposición legal del feriado progresivo, requiere para su aplicación sólo del cumplimiento de años de trabajo, con empleadores actuales o anteriores, forzoso resulta derivar que ellos han podido configurarse dentro o fuera del territorio nacional, no obstante que para hacer valer el beneficio deba seguirse los procedimientos y mecanismos vigentes en

el país para acreditar satisfactoriamente tales años de trabajo prestados en el extranjero.

En armonía con lo expresado, se reconsidera la doctrina de este Servicio, manifestada, entre otros, en dictámenes Ords. N°s. 1465/84, de 03.04.1998, y 7106/334, de 01.12.1994, en cuanto no permitía considerar para la aplicación del feriado progresivo años laborados en el extranjero.

En cuanto a tratado suscrito con Alemania, que tendría incidencia en la materia, como se indica en la presentación, requerido informe a la Superintendencia de Seguridad Social, acerca de la existencia de tratado con tal país y su alcance en materia laboral, ha señalado, por Oficio del Ant. 1):

“El Convenio de Pensiones entre los Gobiernos de Chile y de la República Federal de Alemania, promulgado por D.S. N° 1378, de 1993, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 07.01.1994, es exclusivamente un instrumento internacional de pensiones, esto es, permite totalizar los períodos de seguro que se registren en ambos Estados, para acceder a pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia. “

“Por lo expuesto, dicho Convenio no permite el reconocimiento de las imposiciones efectuadas en Alemania para fines laborales, como es el feriado progresivo.”

En estas circunstancias, al tenor de lo expresado, en la especie no cabe sino concluir que los años de servicio que exige el artículo 68 del Código del Trabajo, pueden cumplirse dentro o fuera del territorio nacional, siendo procedente invocar períodos laborados en el extranjero, como Alemania, aun cuando en este caso no exista convenio o tratado internacional que lo permita expresamente, como lo ha informado la Superintendencia de Seguridad Social.

Cabe agregar, que a través del criterio antes señalado, se equipara, frente al feriado progresivo, la situación del trabajador que ha laborado únicamente en el país con aquellos que también han prestado servicios en el extranjero, con lo cual se perfecciona un tratamiento no discriminatorio con respecto a estos últimos, si no obstante reunir igualmente años trabajados suficientes no tendrían el mismo derecho a feriado progresivo que aquél.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, y disposiciones legales citadas, cúmpleme informar a Ud. que resulta procedente computar para

efectos de lo dispuesto en el artículo 68 del Código del Trabajo, de feriado progresivo, tiempo laborado en un país extranjero, como Alemania.

Se reconsidera dictámenes Ords. N°s. 1465/84, de 03.04.1998; 7106/334, de 01.12.1994 y cualquiera otro con doctrina incompatible con la del presente oficio.

Ordinario N° 5039, de 26.10.2017

De la disposición legal preinserta se desprende, en primer término, que los trabajadores que cumplan diez años de servicio, continuos o discontinuos para un mismo o distintos empleadores, tienen derecho a gozar de un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados sobre los primeros diez. Así, a los 13 años podrán impetrar un día más de feriado, a los 16, otro y así, sucesivamente.

De la misma norma fluye que este descanso adicional podrá ser objeto de negociación individual o colectiva entre las partes y que para los efectos de la aplicación del beneficio sólo podrá invocarse un máximo de 10 años de servicios prestados a empleadores anteriores.

Precisado lo anterior, cabe manifestar a Ud. que la jurisprudencia administrativa vigente en relación al feriado progresivo, sustentada en Ord. N° 3617/101, de 22.08.2005, reconsideró una doctrina anterior según la cual para acceder a dicho beneficio no era posible invocar años de servicio prestados en el extranjero, sosteniendo, por el contrario, que: “Resulta procedente computar para efectos de lo dispuesto en el artículo 68 del Código del Trabajo, sobre feriado progresivo, el tiempo laborado en un país extranjero...”

La antedicha conclusión se fundamenta, entre otras consideraciones, en que el aumento de días de feriado en relación con la antigüedad laboral es un beneficio que tiene por finalidad la protección de la persona del trabajador, independientemente del lugar o ámbito territorial en que se hayan prestado los respectivos servicios, ya sea en el territorio nacional o en el extranjero.

Acorde a ello, la señalada doctrina sostiene que los años laborados efectivamente en el extranjero constituyen “años de trabajo” único requisito que exige el artículo 68 del Código del Trabajo para acceder al beneficio de feriado progresivo, por lo que corresponde considerarlos para tal efecto.

Se argumenta, además, que a través del criterio señalado se equipara la situación del trabajador que ha laborado sólo en el país con aquellos que

también se han desempeñado fuera del territorio nacional, “con lo cual se perfecciona un tratamiento no discriminatorio con respecto a estos últimos...”

El citado pronunciamiento concluye: “De este modo, si la disposición legal de feriado progresivo requiere para su aplicación sólo del cumplimiento de años de trabajo, con empleadores actuales o anteriores, forzoso resulta derivar que ellos han podido configurarse dentro o fuera del territorio nacional, no obstante que para hacer valer el beneficio deban seguirse los procedimientos y mecanismos vigentes en el país para acreditar satisfactoriamente tales años de trabajo prestados en el extranjero.”

Como es dable apreciar, la doctrina en comentario ha dejado establecido que para los efectos de acceder al beneficio de feriado progresivo, los años laborados en el extranjero deben ser acreditados conforme a los procedimientos administrativos y mecanismos vigentes en Chile.

Al respecto, cabe manifestar que según lo resuelto por esta Dirección del Trabajo, entre otros, en Ord. N° 4551/ 222, de 21.07.1995, los años de servicio para anteriores empleadores podrán ser acreditados por alguno de los siguientes medios:

a) Certificación otorgada por las Inspecciones del Trabajo, de acuerdo a los antecedentes que dispongan estos Servicios;

b) Mediante cualquier instrumento público en el cual conste la prestación de los servicios de modo fidedigno, como sentencias judiciales, convenios o fallos arbitrales, escrituras públicas, o certificados otorgados por las respectivas instituciones de previsión a que el interesado que lo requiera pertenezca o haya pertenecido,

Y c) Como último medio y a falta de cualquier otro anterior, se pueden acreditar los años a través de informaciones para perpetua memoria, en conformidad a lo preceptuado en los artículos 909 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, debidamente aprobada por el Tribunal competente.

Aplicando la doctrina anterior al caso en consulta y considerando la situación particular de los trabajadores a que ella se refiere, preciso es convenir que la acreditación de los años que éstos han laborado en su país de origen para los efectos de impetrar el beneficio de feriado progresivo podrá efectuarse, a falta de cualquiera de los medios establecidos en las letras a) y b) precedentes, a través de la información para perpetua memoria regulada en los artículos 909

y siguientes del Código de Procedimiento Civil, antes citado, acto de jurisdicción voluntaria que debe ser conocido y resuelto por los Tribunales Ordinarios de Justicia.

El feriado colectivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1771/088, de 20.03.1995:

"Se entiende por feriado colectivo aquel que se concede a todos los trabajadores de una empresa o establecimiento o de una sección de ellos.

Hacen uso del feriado colectivo, todos los trabajadores que laboran en la empresa o sección correspondiente.

El empleador está facultado para determinar unilateralmente el otorgamiento del feriado colectivo, que debe conceder a todos los trabajadores de la empresa o sección, entendiéndose que lo anticipa a aquellos que aún no cumplen con el período para hacer uso del beneficio.

El empleador puede determinar unilateralmente la oportunidad en que los trabajadores deben hacer uso del feriado en forma colectiva.

Hay feriado colectivo si el empleador ejerce la facultad, en los términos del artículo 76 del Código del Trabajo, y otorga el feriado, en la oportunidad que unilateralmente señale, a todos los trabajadores de la empresa o sección, incluso a aquellos que no cumplieron con el período exigido para hacer uso del beneficio"

Ordinario N° 9348/0284, de 16.12.1987:

"El determinar unilateralmente el otorgamiento del feriado colectivo constituye un derecho o facultad exclusiva del empleador que, reconociendo su origen en la ley, sólo se encuentra sujeto a las siguientes condiciones:

- a) Que se disponga "anualmente", es decir, una vez cada año;*
- b) Que no sea inferior a 15 días hábiles, y*
- c) Que se otorgue a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, incluso a quienes no reúnan los requisitos que la ley exige para disfrutar de feriado.*

Ahora bien, si, en la especie, tal como se desprende de la consulta formulada, las Empresas ejercieron la facultad que les confiere el artículo 75 del Código en los meses de enero y febrero del presente año, sólo podrán hacer nuevamente uso de ella en cualquier época del año 1988; de donde se sigue que no resultaría jurídicamente procedente que dispongan un segundo feriado colectivo dentro del año en curso, toda vez que no cumpliría el requisito a que se refiere el numerando 1, precedente".

Ordinario N° 2990/0167, de 08.06.1999:

"Los dependientes que no han cumplido aún con el año de servicios como requisito básico para acceder al feriado legal anual se ven, no obstante, favorecidos con el otorgamiento de dicho feriado, el cual el legislador entiende que se les anticipa, es decir, se les concede simplemente antes del tiempo regular señalado por la ley para su procedencia, sin ningún otro efecto jurídico especial, en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores que han cumplido el año de contrato".

Ordinario N° 695/055, de 16.02.1993:

"La ley otorga al empleador la facultad de determinar, anualmente y en forma unilateral, que todo o parte del personal de su empresa o establecimiento haga uso del feriado en forma colectiva por un período no inferior a 15 días hábiles.

Se desprende, asimismo, que si el empleador ejerce esta facultad el feriado debe concederse a todos los trabajadores de la empresa o sección, incluso a aquellos que no cumplieren con el período exigido para hacer uso del beneficio".

Ordinario N° 2426/062, de 05.06.2017

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud., que en cuanto al goce o compensación del feriado legal por parte de los trabajadores que se desempeñan como deportistas profesionales y trabajadores de actividades conexas, resulta jurídicamente procedente que el empleador recurra al feriado colectivo, en la medida que se ajuste a los requisitos y condiciones descritos en este informe, entre ellos, la composición de la base de cálculo para el pago de la remuneración del feriado o su compensación.

Efecto de la licencia médica en el feriado colectivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4408/086, de 06.10.2006:

"Los dependientes que a la época que, el conjunto del personal de ese Instituto gozaba de feriado colectivo, no pudieron hacer uso de éste por encontrarse con permiso con o sin goce de remuneraciones, tienen derecho a hacer uso de su feriado legal anual pendiente conforme a las reglas generales que prescribe el Código del Trabajo. "

Efecto del feriado colectivo en el aviso previo dado por la causal de término de contrato de necesidades de la empresa

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0300/0003, 20.01.2003:

"El otorgamiento del beneficio del feriado colectivo, suspende el plazo de preaviso de término de contrato por la causal prevista en el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades la empresa, establecimiento o servicio."

Ordinario N° 956/043, de 12.02.1992:

"El otorgamiento del beneficio de feriado colectivo suspende el plazo de preaviso de término de contrato de trabajo por las causales previstas en el artículo 3° de la Ley N° 19.010, careciendo por ende los trabajadores de que se trate del derecho a percibir, al término de la relación laboral, indemnización por concepto de feriado proporcional".

Efecto del feriado colectivo en los procesos de negociación colectiva

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0801/0069, de 01.03.2000:

"El feriado colectivo concedido por el empleador prevalece sobre el procedimiento de negociación colectiva en caso que coincida con el día en que los trabajadores deben hacer efectiva la huelga".

Forma de calcular la remuneración íntegra según la estructura remuneracional del trabajador

Trabajadores con remuneración fija

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3152/063 de 25.07.2008:

“De la definición contenida en la nueva letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, se desprende que una remuneración puede ser calificada como sueldo o sueldo base, en caso de reunir las siguientes condiciones copulativas:

Que se trate de un estipendio fijo;

Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2º del artículo 10.

Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato,

Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.”

Ordinario N° 7350/0379, de 01.12.1997:

"De ello se sigue, que dichos dependientes se encuentran sujetos a un sistema remuneracional fijo, lo que significa, en conformidad a lo expresado precedentemente, que durante el feriado su remuneración íntegra estará constituida por el sueldo.

Ahora bien, para estos efectos el concepto sueldo es aquel que entrega el ya transcrito y comentado artículo 42 letra a) del Código del Trabajo y las características que debe reunir una remuneración para ser calificada como sueldo son aquellas analizadas en párrafos precedentes, las cuales, como ya dijéramos, no concurren respecto de la Gratificación Extraordinaria como tampoco respecto del Bono de Producción, razón por la cual, se concluyó que tales estipendios no revisten el carácter de sueldo.

De consiguiente, si consideramos que tanto la Gratificación Extraordinaria o Bono Especial como el Bono de Producción que perciben los trabajadores en referencia, no constituyen sueldo, forzoso es concluir que tales beneficios no resulta procedente considerarlos para los efectos de calcular la remuneración correspondiente al feriado anual".

Ordinario N° 3.256, de 01.07.2015:

Del análisis armónico de las disposiciones legales precedentemente anotadas fluye que todo trabajador con más de un año de servicio tiene derecho a hacer uso de un feriado anual equivalente a 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra.

Igualmente es posible colegir que el artículo 71 del Código del Trabajo regula la forma de determinar la remuneración íntegra que debe percibir el trabajador durante el período en que hace uso de feriado legal, considerando para ello el sistema remuneratorio a que éste se encuentra afecto.

Así, tratándose de dependientes con remuneración fija, la remuneración íntegra a que alude dicho precepto, estará constituida por el sueldo; para aquellos sujetos a remuneración variable, será el promedio de las remuneraciones variables durante los últimos tres meses laborados y para aquellos afectos a un sistema mixto, la remuneración íntegra estará conformada por el referido promedio más el sueldo.

Cabe agregar que de acuerdo al inciso 5° de dicho precepto, incorporado por la ley N° 20.613, publicada en el Diario Oficial de 08.08.2012, la remuneración íntegra precedentemente aludida, deberá incluir, además, la remuneración establecida en el inciso 1° del artículo 45 del mismo cuerpo legal, comúnmente denominada semana corrida, en cuanto corresponda.

Esta última disposición legal en sus incisos primero y final, previene:

“El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones”.

Lo dispuesto en los incisos precedentes se aplicará, en cuanto corresponda, a los días de descanso que tienen los trabajadores exceptuados del descanso a que se refiere el artículo 35 “.

De la citada norma legal se desprende que el trabajador remunerado exclusivamente por día y el remunerado con sueldo base y remuneraciones variables, tienen derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio de tales días, si se trata de una empresa exceptuada del descanso dominical, en la forma prevista por el legislador, el que, según se colige del precepto en comento y lo ha señalado la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Dirección, atiende para estos efectos, al sistema remuneratorio a que están afectos los trabajadores.

Así, en el caso de dependientes remunerados exclusivamente por día, la remuneración por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio a que tuvieren derecho, equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, en tanto que tratándose de trabajadores afectos a un sistema de remuneración mixto constituido por sueldo mensual y emolumentos variables, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

Ahora bien, de los antecedentes proporcionados por el recurrente aparece que la empresa paga al personal de conductores y auxiliares de la misma, bajo el concepto de horas extraordinarias, el valor correspondiente a dos horas por cada día de trabajo a bordo, con un recargo del 50%, en forma garantizada, esto es, independientemente que hayan o no sido laboradas. Cabe señalar que tal información aparece ratificada en los informes emitidos por la fiscalizadora Paulina A. Villegas A., dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Puerto Montt.

En efecto, según se desprende del informe de 1° de agosto de 2014, tales horas revisten un carácter permanente y no reúnen los requisitos necesarios para ser calificadas como jornada extraordinaria en los términos del artículo 32 del Código del Trabajo, concluyendo sobre dicha base “que estas horas son parte integrante del sueldo que perciben mes a mes los trabajadores las cuales se encuentran garantizadas en razón de que si el trabajador labora un día, la empresa le paga el sueldo correspondiente a ese día, sumándole además las dos horas extras ya señaladas, sea que el trabajador realice o no dichas horas extras”.

En informe complementario de 26.03.2015 la misma fiscalizadora señala que de acuerdo a los antecedentes documentales revisados, el sistema

remuneratorio a que está afecto el personal a que se refiere la presente consulta está conformado, entre otros, por los siguientes ítems:

Sueldo base, de monto superior al ingreso mínimo mensual.

Horas extras al 50%: las que se pagan a razón de dos horas por cada día efectivamente trabajado “a bordo de la máquina”.

Bono de riesgo: destinado a compensar, entre otros, pérdidas de mercaderías, equipajes y encomiendas, cuyos valores diarios son distintos según los recorridos.

En el mismo documento, consta la declaración de la representante de la empresa, Sra. Ana González, quien reconoce que ésta paga al personal de choferes y auxiliares que allí laboran, dos horas extras “por día efectivamente trabajado a bordo de las máquinas como un derecho tácito de dichos trabajadores.”

El mencionado informe inspectivo expresa además que las supuestas horas extras” no se consignan en el registro de asistencia, atendido que, en la práctica, éstas no se realizan, pagándose solamente por el hecho de los trabajadores involucrados presten servicios a bordo de una máquina.”

Ahora bien, la resolución del problema planteado obliga a recurrir a las normas que regulan la jornada extraordinaria, particularmente las que se contienen en los artículos 30 y 32, inciso 1° y 2° del Código del Trabajo. El primero de dichos preceptos, prescribe:

“Se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor. “

Por su parte, el inciso 1° del artículo 32 del mismo cuerpo legal establece: “Las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa. Dichos pactos deberán constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a tres meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes.”

A su vez, el inciso 2° de la misma disposición, previene:

“No obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada, con conocimiento del empleador”.

Del análisis conjunto de las normas legales precedentemente transcritas se infiere que el legislador ha definido las horas extraordinarias de trabajo como aquellas que se laboren en exceso de la jornada máxima legal de 45 horas semanales o de aquella pactada contractualmente si fuese menor.

De las mismas normas se infiere que de acuerdo a la normativa vigente sólo podrán laborarse horas extraordinarias para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, debiendo acordarse su ejecución a través de un pacto escrito, cuya vigencia no podrá ser superior a tres meses, renovable por acuerdo de las partes, exigencia que excluye la posibilidad de realizar horas extraordinarias en forma permanente.

Aplicando todo lo expuesto al caso en consulta, preciso es convenir que el monto pagado a los aludidos trabajadores bajo la denominación de “horas extras” no responde jurídicamente a sobresueldo en los términos previstos por la normativa antes transcrita y comentada. Cabe señalar que, en opinión de este Servicio, el emolumento que bajo dicho título se paga al personal de que se trata, podría ser considerado como sueldo, toda vez que de los antecedentes antes citados aparece que el mismo reúne los requisitos que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial han estimado como esenciales para que un emolumento pueda ser calificado como tal, esto, es, que se trate de un estipendio fijo, en dinero, pactado por períodos iguales determinados en el contrato y que responde a la prestación de servicios. En efecto, de acuerdo al análisis efectuado y a lo informado por la fiscalizadora actuante, en la especie, las sumas pagadas por el concepto “horas extras” a los dependientes de que se trata pueden ser legalmente consideradas como sueldo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que el estipendio analizado en el cuerpo de este informe reviste las características propias de sueldo, por lo que corresponde que su valor sea considerado para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde percibir a los conductores y auxiliares de la empresa Transporte Cruz del Sur Ltda. durante el período en que éstos hacen uso de feriado legal.

Trabajadores con remuneraciones variables

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 8180/0334, de 18.12.1995:

"Una remuneración variable revestirá el carácter de tal y será considerada para el cálculo del feriado, cuando reúna las siguientes condiciones copulativas:

- 1. Que tenga el carácter de remuneración.*
- 2. Que esté establecida en el contrato individual o colectivo de trabajo, y*
- 3. Que, con arreglo a lo pactado, implique la posibilidad de que la remuneración total varíe de un mes a otro".*

Ordinario N° 2793/0136, de 05.05.1995:

"No resulta procedente computar para el cálculo de la remuneración que por concepto de feriado legal deben percibir los trabajadores con remuneración variable el período en que el dependiente estuvo acogido a licencia médica".

Ordinario N° 2921/055, de 21.07.2011:

Para determinar el promedio previsto en el inciso 2º del artículo 71 del Código del Trabajo se debe considerar los tres últimos meses con denominación específica precedentes al feriado legal, en que el trabajador hubiere percibido remuneración completa, excluyéndose aquellos en que medió suspensión de la relación laboral.

Ordinario N° 1556/021, de 07.04.2011:

Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los dependientes que laboran para la empresa Proalto Ltda., quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.

Ordinario N° 2989/0166, de 08.06.1999:

"Si se trata de determinar el promedio correspondiente al feriado de un dependiente con remuneración mixta que estuvo acogido a licencia médica, debe considerarse el o los meses anteriores al período en que el dependiente hizo uso de licencia médica, toda vez que, no es posible atribuir al período

abarcado por esta, la calidad de meses "trabajados", dado que durante ellos, como ya se dijera, la obligación de prestar servicios se encuentra suspendida".

Trabajadores con remuneración mixta (fija y variable)

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2994/0171, de 08.06.1999:

"Un trabajador afecto a un sistema de remuneración mixta, conformado por un sueldo base mensual y comisiones, lo cual significa, al tenor de lo ya señalado, que durante el feriado su remuneración íntegra estará constituida por el sueldo más el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados.

La remuneración íntegra correspondiente al feriado del trabajador por quien se consulta estará constituida por su sueldo más el promedio de las comisiones percibidas en los últimos tres meses laborados, entendiéndose por estos los tres meses anteriores al período durante el cual el dependiente hizo uso de la licencia médica".

Ordinario N° 1245/064, de 03.03.1994:

"Los trabajadores de Infodema S.A., para el cálculo de la remuneración íntegra de su feriado, se encuentran afectados a un régimen de remuneración mixta, debiéndose configurar el promedio de lo ganado en los últimos tres meses sumando al sueldo fijo y la asignación de casa, el estipendio variable constituido por el bono por trabajo en horario nocturno que correspondiere".

Ordinario N° 5100, de fecha 07.10.2015.

El inciso segundo del artículo 172 del Código del Trabajo prescribe: "Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendarios". Asimismo, conforme al inciso 2° del artículo 71 del mismo cuerpo legal, "En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados".

Se infiere de las normas precedentes, que en el caso que el trabajador perciba remuneraciones variables, el legislador ha dejado establecido similar criterio para el cálculo de la indemnización por término de contrato de trabajo y de la remuneración íntegra que debe pagarse al dependiente durante su feriado

legal, consistente en que para la liquidación de ambos beneficios deberá considerarse el promedio de lo ganado en los últimos tres meses.

Como lo señala expresamente el Dictamen N° 2921/55, citado, la condición que debe reunir cada uno de estos últimos tres meses, es que en ellos se haya percibido remuneración completa y que no haya mediado suspensión de la relación laboral.

Cabe precisar enseguida, que la doctrina y la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, han concluido que tanto el permiso sin goce de remuneraciones como el ejercicio del derecho a licencia médica involucran suspensión de los efectos del contrato de trabajo, en cuya virtud el trabajador se exonera de la obligación de concurrir al desempeño de sus labores y el empleador al pago de sus remuneraciones (Dictamen N° 75/8, de 05.01.99).

Sin embargo, la situación de las ausencias injustificadas en que incide la consulta, es distinta y produce otros efectos jurídicos.

En efecto, en la ausencia injustificada al trabajo - desde luego - no se configura una suspensión del contrato de trabajo. El dependiente que no ha concurrido al desempeño de sus labores, no cuenta con una causa o motivo que legalmente lo dispense de asistir a su trabajo, y por tanto, en tal caso, el contrato de trabajo conserva plenamente su eficacia, produciendo la consecuencia jurídica de que el mes en el cual se incurrió en la ausencia - imputable al dependiente - debe incluirse dentro de los últimos tres meses que sirven de base para liquidar el promedio de lo percibido, con lo cual se produce una legal y justificada disminución de la suma final.

En todo caso, bien pudiera resultar controvertida la calificación de los hechos como “ausencia injustificada”, en tal evento, como en el resto de las causales de terminación del contrato de trabajo, “es el juez quién debe conocer de ellas, conforme a lo prevenido en el artículo 168 del Código del Trabajo, en cuanto si los trabajadores estimaren que la aplicación a su respecto de una determinada causal de terminación de contrato ha sido injustificada, indebida o improcedente o que no se ha invocado causal alguna o que las necesidades de la empresa carecen de fundamento, quienes tienen derecho a recurrir, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la separación, al respectivo juzgado a fin de que éste así lo declare” (Dictamen N° 1348/065, de 14.03.97).

En consecuencia, sobre la base de las normas legales y jurisprudencia administrativa invocada, las ausencias injustificadas al trabajo no suspenden la relación laboral, y por tanto, las remuneraciones del mes en que el dependiente se ausenta, deben servir de base para liquidar el promedio de lo ganado en los tres últimos meses.

Ordinario Nº 4453, de 22.09.2017

Del análisis conjunto de las disposiciones legales citadas se infiere que la ley garantiza a todo trabajador con más de un año de servicios, el derecho a gozar de un feriado anual de 15 días hábiles con remuneración íntegra y que la determinación de esta última debe efectuarse considerando el sistema remuneratorio a que están afectos los beneficiarios.

Del mismo análisis aparece de manifiesto que la finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer el principio de la remuneración íntegra fue la de impedir que el dependiente sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le corresponde en caso de encontrarse prestando servicios.

De la última norma legal citada se desprende que para los efectos de calcular la mencionada remuneración íntegra, corresponde efectuar la siguiente distinción.-

a) Trabajadores con remuneración fija, caso en el cual la remuneración íntegra que les corresponde percibir durante el feriado está constituida por el sueldo.

b) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, para quienes, dicha remuneración íntegra la constituye el promedio de lo ganado durante los últimos tres meses laborados y,

c) Trabajadores afectos a un régimen de remuneración mixto conformado por sueldo y contraprestaciones de carácter variable, en cuyo caso la remuneración íntegra que deben percibir mientras hacen uso de feriado legal deberá estar conformada por el sueldo más el promedio de las remuneraciones variables ganadas en los últimos tres meses.

Del mismo análisis fluye además que el período de tiempo que debe considerarse para obtener el promedio de las remuneraciones variables—entendiendo por tales los tratos, comisiones, primas y otras que, con arreglo al contrato de trabajo, impliquen la posibilidad de que el resultado mensual

total varíe entre una y otra mensualidad— son los últimos tres meses trabajados.

Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial, del informe inspectivo antes singularizado, se desprende que los trabajadores de que se trata están afectos a un sistema remuneratorio mixto, integrado fundamentalmente por un sueldo base y un bono variable por cumplimiento de metas, situación que permite afirmar que se encuadran dentro de la situación prevista en la letra c) precedente, de suerte tal, que corresponde que su remuneración integra durante el período de feriado sea determinada en la forma allí prevista, vale decir, considerando lo percibido por concepto de sueldo y adicionando a éste el promedio de lo ganado por concepto de remuneraciones variables durante los últimos tres meses trabajados.

De ello se sigue que no correspondería considerar para tal efecto otros emolumentos que no respondan al carácter de sueldo ni de remuneraciones variables, como sucedería, por ejemplo, con el beneficio de gratificación convencional que perciben los aludidos dependientes el cual tiene una naturaleza jurídica distinta a aquellos.

En relación con este último beneficio, cabe citar lo resuelto en dictamen N° 3553/273, de 3.08.98, el cual reafirma la doctrina reiterada de este Servicio en cuanto a que el mismo, sea legal o convencional, “ha sido concebido por el artículo 42 letra e) del Código del Trabajo y los artículos 46 y siguientes del mismo cuerpo legal, como un beneficio de carácter anual, como una participación eventual o garantizada en las utilidades que pudiere haber obtenido la empresa en el respectivo ejercicio comercial, constituyendo las sumas entregadas mensualmente o durante el curso del año, tan sólo una modalidad de pago del beneficio.”

El mencionado pronunciamiento jurídico agrega “Al tenor de lo precedentemente expuesto, posible es concluir que aun cuando la gratificación legal se pague mediante anticipos mensuales, de un monto determinado, no resulta posible calificarla como sueldo, puesto que si bien consiste en una suma fija de dinero, pagada por períodos mensuales, no es menos cierto que no resulta posible estimar que responda a una prestación de servicios en los términos que lo exige el concepto de sueldo consignado en el ya citado artículo 42 letra a) del Código del Trabajo.

“De igual manera, la gratificación no constituye una remuneración variable, puesto que el monto que se paga por este beneficio no produce el efecto de hacer variar de un mes a otro la remuneración mensual del trabajador, requisito éste que, de acuerdo al inciso 3º del artículo 71 ya citado, debe cumplir una remuneración para ser calificada como variable.”

2.- En cuanto a la consulta relativa al concepto de sueldo base, cabe señalar que la jurisprudencia administrativa evacuada por este Servicio en relación a la materia y que se contiene, entre otros, en dictamen N° 3152/063, de 25.07.2008 y 3662/053, de 17.08.2010, analizando el precepto contenido en el artículo 42 a) del Código del Trabajo en su texto fijado por la ley 20.281, publicada en el Diario Oficial de 21.07.2008, ha precisado primeramente que el nuevo concepto de sueldo base establecido por el legislador constituye un piso remuneracional para el trabajador por el cumplimiento de una jornada ordinaria de trabajo, sea ésta la máxima legal o una inferior, estipendio éste que, como ya se ha expresado, no puede ser inferior al monto de un ingreso mínimo mensual o a la proporción de éste, tratándose de jornadas parciales de trabajo.

La misma doctrina ha señalado que un determinado emolumento constituirá sueldo o sueldo base en cuanto cumpla con las siguientes condiciones copulativas:

- a) Que se trate de un estipendio de carácter fijo.***
- b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo prevenido en el inciso 2º del artículo 10 del Código del Trabajo.***
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato, y***
- d) Que responda a una prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.***

La doctrina institucional indicada, ha establecido además, que toda aquella remuneración que reúna las referidas condiciones podrá ser calificada como sueldo o sueldo base, aun cuando las partes les hayan dado una denominación diversa a un determinado estipendio y, por lo tanto, todas ellas podrán ser consideradas para enterar el valor del nuevo sueldo base, vale decir, el equivalente a un ingreso mínimo mensual.

Aplicando todo lo expuesto al caso en consulta, posible es concluir que en la especie, no habría infracción legal si aparte del sueldo base pactado, de monto inferior al ingreso mínimo legal, los trabajadores por quienes se consulta perciben otro estipendio de carácter fijo que reúna las condiciones necesarias para calificarlo como tal, toda vez que como ya se expresara anteriormente, cumpliendo tales condiciones ellos podrán ser considerados para enterar el valor del sueldo base conceptualizado en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo.

De consiguiente, en conformidad a las normas legales precitadas, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúpleme informar lo siguiente:

1. El régimen remuneratorio de los trabajadores de la empresa Full Carga Chile S.A. a que se refiere el presente informe puede ser calificado de carácter mixto, por lo que la remuneración íntegra que les corresponde percibir durante el período de feriado legal debe determinarse considerando lo que perciben por concepto de sueldo y adicionando a éste el promedio de lo ganado por remuneraciones variables durante los últimos tres meses trabajados.

2. Toda aquella remuneración que reúna las condiciones señaladas en las letras a) b) c y d) reseñadas en el punto 2) de este informe podrá ser calificada como sueldo o sueldo base aun cuando las partes les hayan dado una denominación diversa a un determinado estipendio y, por lo tanto, todas ellas podrán ser consideradas para enterar el valor del nuevo sueldo base, vale decir, el equivalente a un ingreso mínimo mensual.

Ordinario Nº 4907, de 25.09.2018

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 2989/166 de 08.01.2009 y 75/08 de 05.01.1999, ha resuelto que no es posible incluir dentro de los tres últimos meses trabajados a aquel o aquellos en que se ha producido la suspensión de la relación laboral a consecuencia de una licencia médica o permiso sin goce de remuneraciones.

Por consiguiente, la expresión "tres últimos meses trabajados", que consigna el precepto legal en comento, para obtener el promedio de lo ganado por el trabajador sujeto a remuneración variable debe entenderse referida a los tres meses con denominación específica en que se hubiere percibido

remuneración completa y que anteceden al feriado legal, de manera que si en alguno de ellos el dependiente no generó remuneración por haber operado la suspensión de la relación laboral, deberá excluirse y considerarse solo aquellos tres que precedan inmediatamente al mes en que se hizo efectivo el feriado.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa contenida en dictamen N° 5409/251 de 16.12.2003, ha señalado que la finalidad perseguida por el legislador al establecer el principio de remuneración íntegra, ha sido la de impedir que el trabajador sufra una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurar, de tal modo, que durante ese período reciba la remuneración que habitualmente le correspondería por la prestación de sus servicios.

Para tales efectos, el legislador dispuso expresamente que la remuneración mensual, en el caso de los trabajadores con sueldo y remuneración variable, como sucede en la especie, debía estar constituida por la suma de aquel y el promedio correspondiente a los beneficios variables de los últimos tres meses.

Lo anterior permite sostener que las comisiones, bonos, premios y otras remuneraciones variables que pueda percibir el trabajador durante su feriado, son legalmente reemplazadas por el promedio en referencia, de suerte tal que no resulta procedente adicionar las citadas remuneraciones variables a dicho promedio.

Sostener lo contrario, vale decir, que el trabajador tenga derecho a percibir conjuntamente con la suma del sueldo y el promedio de sus últimos tres meses trabajados, las remuneraciones variables que devenga habitualmente, significaría conceder a éste un doble pago que desvirtuaría el objetivo del legislador, generándose un enriquecimiento sin causa en favor del dependiente. (Dictamen N° 3419/95 de 07.05.91).

En tales circunstancias, es posible advertir que para calcular la denominada "remuneración íntegra" deben computarse determinados estipendios que revisten el carácter de remuneración, por lo que a fin de dar respuesta a su consulta, se hace necesario recurrir previamente al artículo 41 del Código del Trabajo, en que el legislador determina lo que debe entenderse por remuneración y que dispone:

"Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador por causa del contrato de trabajo.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo".

De la disposición legal transcrita se deduce que el concepto de remuneración involucra todas aquellas contraprestaciones en dinero o en especie apreciables en dinero y que tienen por causa el contrato de trabajo

Conforme a lo anterior, es dable afirmar que la ley exige la concurrencia de dos requisitos copulativos para calificar un determinado estipendio como remuneración, a saber: a) que se trate de una contraprestación en dinero o en especie avaluable en dinero, y b) que el derecho del trabajador para percibir esta contraprestación tenga como causa el contrato de trabajo.

En lo que respecta a las remuneraciones variables, la doctrina de este Servicio, contenida en dictamen N° 3262/66, de 05.08.08 ha señalado que reviste tal carácter, todo estipendio que, de acuerdo al contrato de trabajo y respondiendo al concepto de remuneración, implique la posibilidad de que el resultado mensual total sea desigual de un mes a otro, agregando que lo que caracteriza a una remuneración variable es que su pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible, lo que en definitiva implica que el monto mensual total no sea constante entre un mes y otro.

De esta suerte, analizada la situación en consulta a la luz de lo expuesto en acápite que anteceden, no cabe sino concluir que la "comisión tienda", al constituir una remuneración variable, deberá ser incluida en el promedio de las remuneraciones que sirven de base para el pago del feriado, en la medida que la trabajadora haya percibido dicha comisión durante los últimos tres meses anteriores al feriado o en parte de ellos.

La conclusión anterior es sin perjuicio del pago por parte del empleador de aquellas comisiones devengadas por ventas realizadas con anterioridad al feriado y cuyo pago se encuentra diferido en el tiempo.

Situación especial de trabajadores con remuneración mixta (fija y variable) en que perciben remuneraciones variables pagadas con desfase

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4624, de 09.09.2015:

Del precepto legal precedentemente transcrito, aparece que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde pagar a los trabajadores durante el lapso en que hacen uso de su feriado legal, se debe atender al sistema remuneracional a que estén afectos:

- a) Trabajadores sujetos a remuneración fija, en cuyo caso la remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo.*
- b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, los cuales en el período correspondiente a este beneficio deberán percibir el promedio de lo ganado en los últimos tres meses laborados.*

Cabe hacer presente además, que actualmente se encuentran en esta situación sólo trabajadores excluidos de la limitación de jornada y

- c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben contraprestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual corresponderá adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.*

Cabe destacar además, que la reiterada y uniforme doctrina de este Servicio, ha sostenido que el legislador tuvo en vista establecer el principio de la remuneración íntegra consagrado en el precepto legal anotado precedentemente, con la finalidad de impedir que el trabajador sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios. Así lo ha precisado la jurisprudencia aludida, entre otros en Dictamen N° 5409/251 de 16.12.2003.

Para lograr el objetivo indicado, el legislador dispuso expresamente que la remuneración mensual, en el caso de los trabajadores con sueldo y remuneración variable, como sucede en la especie, debía estar constituida por la suma de aquel y el promedio de los restantes beneficios variables.

Conforme a lo anterior, forzoso resulta sostener que las comisiones, bonos, premios y otras remuneraciones variables que pueda percibir el trabajador durante su feriado, además del sueldo, son legalmente reemplazadas por el promedio en referencia, de suerte tal que no resulta procedente adicionar las citadas remuneraciones variables a dicho promedio.

Sostener lo contrario, vale decir, que el trabajador tenga derecho a percibir conjuntamente con la suma del sueldo y el promedio de sus últimos tres meses trabajados, las remuneraciones variables que devenga habitualmente, significaría conceder a éste un doble pago que desvirtuaría el objetivo del legislador antes mencionado, generándose un enriquecimiento sin causa en favor del dependiente. (Dictamen N° 3419/95 de 07.05.91).

Cabe tener presente que la conclusión anterior es plenamente aplicable y ajustada a derecho en todos aquellos casos en que las comisiones, premios o bonos devengados por el trabajador son pagados en el mes que corresponde, sin que exista un desfase.

Sin embargo, de los antecedentes aportados, se obtiene que las comisiones son canceladas con un mes de desfase, por lo que el feriado del personal en consulta deberá ser remunerado por la suma del sueldo y el promedio de lo ganado por concepto de remuneraciones variables, en los últimos tres meses trabajados, sin perjuicio del pago de todos los bonos, comisiones y premios diferidos que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio, atendido que, en caso contrario, el empleador no estaría cumpliendo con su obligación de pagar las remuneraciones ya devengadas con anterioridad, en las condiciones acordadas por las partes. (Dictamen N° 5424/250 de 25.08.95)

A igual conclusión a la señalada precedentemente se arriba aplicando lo dispuesto en el inciso final del artículo 71 del Código del Trabajo que indica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponde efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.”

De lo que se infiere que, aparte de la “remuneración íntegra” correspondiente al feriado, el empleador debe también pagar al dependiente que se encuentra haciendo uso de vacaciones cualquier otra remuneración o beneficio que éste haya devengado y cuya fecha de pago coincida con tal período, como podría suceder con un aguinaldo de Fiestas Patrias o de Navidad o una asignación de escolaridad por ejemplo.

Cabe hacer presente que este Servicio, interpretando la disposición que nos ocupa, ha señalado en Ordinario N° 1248/66 de 04.03.94, que la expresión “toda otra remuneración o beneficio”, comprende cualquier remuneración o beneficio que el trabajador haya devengado aparte de la remuneración íntegra a que se refiere el inciso 1° del artículo 67 y los incisos 1° y 2° del mismo artículo 71, cuya fecha de pago coincida con el período en que el respectivo dependiente haga uso del feriado.

Ahora bien, en lo concerniente a si se deben incluir los llamados bonos esporádicos, en el cálculo promedio, este Servicio se abstiene de emitir pronunciamiento en atención a que en su presentación del Ant. 2), no ha hecho referencia alguna a que beneficios se trata y como están establecidos.

En consecuencia, en conformidad con las disposiciones legales citadas doctrina y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que el feriado del personal en consulta deberá ser remunerado por la suma del sueldo y el promedio de lo ganado por concepto de remuneraciones variables, en los últimos tres meses trabajados, sin perjuicio del pago de todos los bonos, comisiones y premios diferidos que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio.

Ordinario N° 4835, de 21.09.2015:

Del precepto legal precedentemente transcrito, aparece que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde pagar a los trabajadores durante el lapso en que hacen uso de su feriado legal, se debe atender al sistema remuneracional a que estén afectos:

- a) Trabajadores sujetos a remuneración fija, en cuyo caso la remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo.*
- b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, los cuales en el período correspondiente a este beneficio deberán percibir el promedio de lo ganado en los últimos tres meses laborados.*

Cabe hacer presente además, que actualmente se encuentran en esta situación sólo trabajadores excluidos de la limitación de jornada y

c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben contraprestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual corresponderá adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.

Cabe destacar además, que la reiterada y uniforme doctrina de este Servicio, ha sostenido que el legislador tuvo en vista establecer el principio de la remuneración íntegra consagrado en el precepto legal anotado precedentemente, con la finalidad de impedir que el trabajador sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios. Así lo ha precisado la jurisprudencia aludida, entre otros en Dictamen N° 5409/251 de 16.12.2003.

De los antecedentes aportados, se obtiene que las comisiones de los trabajadores por los cuales se consulta, son canceladas con desfase, es decir, la comisión se devenga una vez que se ha concretado la venta situación que puede ocurrir durante las vacaciones del respectivo trabajador e-commerce, a pesar de que la oferta de venta se ha producido en un momento anterior, en estas circunstancias, se debe aplicar el criterio señalado en el dictamen N° 5424/250 de 25.08.95, por el cual, deben ser considerados además del promedio de lo ganado por concepto de remuneraciones variables, en los últimos tres meses trabajados, todos los bonos, comisiones y premios diferidos que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio, atendido que, en caso contrario, el empleador no estaría cumpliendo con su obligación de pagar las remuneraciones ya devengadas con anterioridad, en las condiciones acordadas por las partes.

A igual conclusión a la señalada precedentemente se arriba aplicando lo dispuesto en el inciso final del artículo 71 del Código del Trabajo que indica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponde efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.”

De lo que se infiere que, aparte de la “remuneración íntegra” correspondiente al feriado, el empleador debe también pagar al dependiente que se encuentra haciendo uso de vacaciones cualquier otra remuneración o beneficio que éste haya devengado y cuya fecha de pago coincida con tal período.

Cabe hacer presente que este Servicio, interpretando la disposición que nos ocupa, ha señalado en Ordinario N° 1248/66 de 04.03.94, que la expresión “toda otra remuneración o beneficio”, comprende cualquier remuneración o beneficio que el trabajador haya devengado aparte de la remuneración íntegra a que se refiere el inciso 1° del artículo 67 y los incisos 1° y 2° del mismo artículo 71, cuya fecha de pago coincida con el período en que el respectivo dependiente haga uso del feriado.

En consecuencia, en conformidad con las disposiciones legales citadas, doctrina y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que, el feriado del personal en consulta deberá ser remunerado por el promedio de lo ganado por concepto de remuneraciones variables, en los últimos tres meses trabajados, sin perjuicio del pago de todos los bonos, comisiones y premios diferidos que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio.

Ordinario N° 5319, de 07.11.2017:

El Servicio también se ha pronunciado acerca del sistema de pago de comisiones desfasadas, entre otros, en el Ordinario N° 4914 de 09.11.2012, el cual señala: “En la especie, atendido que existiría en la empresa un sistema de pago de comisiones desfasadas en un mes, por cuanto se pagarían al mes siguiente al de su liquidación o cálculo, podría llevar a que en el promedio de lo percibido en los tres últimos meses anteriores al feriado no se considerara lo obtenido en el mes inmediatamente anterior al mismo, materia que ha sido abordada por la doctrina uniforme y reiterada de esta Dirección, manifestada, entre otros, en dictámenes N° 4751/209, de 22.08.1996 y 5763/185, de 27.08.1991, la que ha precisado que en el evento de efectuarse el pago de comisiones en forma desfasada, de igual modo deberá estarse a la remuneración íntegra establecida en relación al promedio de lo obtenido en los tres meses anteriores al feriado, sin perjuicio del pago por parte del empleador de aquellas comisiones diferidas que no se incluyeron en el promedio, dado que en caso contrario, no se estaría dando cumplimiento a la obligación de solucionar íntegramente las remuneraciones devengadas con

anterioridad, en las condiciones pactadas con el trabajador, durante el feriado anual".

‘A similar conclusión a la anotada precedentemente se arriba por la sola aplicación de lo dispuesto en el inciso 5º del mismo artículo 71 del Código del Trabajo, que prescribe: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya solución corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra".

‘Acorde a la disposición legal anterior, el empleador debe pagar al trabajador aparte de la remuneración íntegra correspondiente al feriado según el promedio ya analizado, cualquiera otra remuneración o beneficio que haya devengado con anterioridad en las condiciones pactadas en el contrato, no consideradas en dicho promedio, mientras se encuentra haciendo uso de sus vacaciones legales, como ocurriría en la especie".

Respecto de las licencias médicas, cabe tener presente que el artículo 1º del Decreto Supremo N°3 de 1984 que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las COMPIN e instituciones previsionales, entiende por "licencia médica" "como 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."

Para el trabajador que está haciendo uso de una licencia médica, la relación laboral se encuentra suspendida, razón por la cual no le es exigible a ninguna de las partes el cumplimiento de las obligaciones recíprocas pactadas en el contrato individual, salvo las expresamente contempladas en la ley. Este Servicio, así lo ha determinado en el Ordinario N° 5949 de 14.12.2016 en los siguientes términos: "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.” Por tanto, hay una suspensión de la relación laboral, no existiendo obligación del trabajador de prestar servicios, debiendo el empleador tomar todas las providencias para que este pueda proceder restablecer su salud, conforme a las indicaciones del personal médico.

En tal caso, quién debe pagar los días en que el trabajador se encuentra con reposo médico, es la Isapre o el Servicio de Salud, a través del Compín, si pertenece a Fonasa. Sólo si la licencia médica es superior a 11 días de reposo, el trabajador recibirá el pago de todos los días, si es por un período inferior, no se le pagarán los tres primeros días reposo, salvo que el empleador tenga un convenio.

La licencia médica se paga conforme al sueldo imponible del trabajador y tiene por tope para el año 2017, la cantidad de 75.7 Unidades de Fomento.

Este Servicio ya se ha pronunciado en torno a la forma como deben pagarse las comisiones desfasadas, respecto de un trabajador que se encuentra con reposo médico, por medio del Dictamen Ordinario N° 4751/209 de 22.08.1996 el que señala lo siguiente: “Conforme con lo anterior, posible es afirmar que durante el período en que el Agente Vendedor de Seguros de Vida esta acogido a licencia médica tiene derecho a su subsidio y a la o las cuotas que por concepto de comisiones desfasadas correspondan al mes en que hace uso de licencia médica, toda vez que de no ser así, al igual que en el caso del feriado, el empleador no cumpliría con su obligación de pagar las remuneraciones ya devengadas con anterioridad, en la forma convenida con el trabajador.”

Conforme a lo indicado previamente, corresponde al empleador el pago de las comisiones desfasadas a que tiene derecho el trabajador con licencia médica y que no fueron consideradas al momento de efectuar el cálculo del subsidio.

Por su parte, el artículo 67 del Código del Trabajo establece, “Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince

días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.”

Esta norma lo que consagra es el derecho de los trabajadores que cumplen los requisitos, a descansar con el fin de recuperar energías, disponer de tiempo libre para recreación y gozar con la familia, el cual que el carácter de irrenunciable no pudiendo ser compensado en dinero por el empleador.

Producto de lo anterior, los trabajadores que se encuentran haciendo uso de su feriado legal, no deben prestar servicios, facultando al empleador a ejercer sus potestades de mando, advirtiéndolo al subordinado su obligación dar cumplimiento a este derecho irrenunciable, lo que supone, como ya se ha indicado, un descanso efectivo.

En consecuencia, cumpla con informar a usted lo siguiente:

1.-El trabajador acogido a licencia médica tiene derecho al pago de su subsidio y a las cuotas que por concepto de comisiones desfasadas correspondan al período en que hace uso de licencia médica.

2.- En el evento de efectuarse el pago de comisiones en forma desfasada, la base de cálculo para efectos del pago de la remuneración íntegra durante el feriado, está determinado por el promedio de lo obtenido en los tres meses anteriores al mismo, sin perjuicio del pago por parte del empleador de aquellas comisiones diferidas que no se incluyeron en el promedio.

Ordinario N° 4608, de 04.10.2017:

1.- En lo que respecta a la primera situación planteada, es preciso señalar, en forma previa, que la doctrina emanada de la Superintendencia de Seguridad Social ha precisado: “El subsidio por incapacidad laboral es un beneficio en dinero que tiene por finalidad cubrir la contingencia o estado de necesidad que se le genera a un trabajador por la suspensión transitoria de la capacidad de trabajo, originada por enfermedad o accidente común, enfermedad profesional o accidente del trabajo, o uso de derechos de protección a la maternidad, que reemplaza a la remuneración o renta del trabajador, siempre que se cumplan ciertos requisitos mínimos de afiliación y cotización”.

Cabe agregar que de acuerdo a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 8° del D.F.L. N° 44, de 1978 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que Fija Normas Comunes para los Subsidios por Incapacidad Laboral de los Trabajadores Dependientes del Sector Privado, la base de cálculo para

determinar el monto del subsidio comprende la remuneración neta que se haya devengado en los tres meses calendarios más próximos al mes en que se inicia la licencia.

Acorde a lo anterior, preciso es convenir que no obstante que el subsidio por incapacidad laboral tiene por objeto reemplazar durante el período de goce de licencia médica la remuneración que percibe el trabajador como contraprestación de las labores que desempeña, el sistema de pago de las comisiones de venta que percibe el personal de vendedores de la empresa que, según se ha señalado en acápite que anteceden, implica en ciertos casos el pago desfasado de aquellas devengadas con anterioridad o en el período que abarca dicha licencia, la percepción únicamente de subsidio en dicho lapso importaría privarles del derecho a percibir las aludidas remuneraciones, lo que no sería jurídicamente procedente, más aún si se considera que en tal caso el empleador no estaría cumpliendo con su obligación de pagar las remuneraciones ya devengadas con anterioridad, en las condiciones acordadas por las partes.

Cabe señalar que en un sentido similar se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa de este Servicio, pudiendo citarse al efecto el Ord. N° 4751/209, de 22.08.1996, que se adjunta.

Al tenor de lo expuesto, en la especie, forzoso es concluir que durante el período en que los vendedores de esa empresa hagan uso de licencia médica tienen derecho a percibir, además del subsidio por enfermedad que les garantiza la ley, los montos que por concepto de comisiones desfasadas o indirectas corresponda pagar en el mes en que hacen uso de dicha prerrogativa.

2.- En lo que respecta a la segunda situación planteada, esto es, la procedencia de pagar comisiones desfasadas o indirectas en caso de feriado legal, cúpleme señalar a Ud. que el artículo 71 del Código del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador de percibir “remuneración íntegra” dispone:

“Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija.

“En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados.

“Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.

“Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquel y el promedio de las restantes.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra”.

Del precepto legal precedentemente transcrito fluye que la finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer el principio de la remuneración íntegra, fue la de impedir que el dependiente sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurarle, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios.

Corrobora dicha afirmación la disposición prevista en el artículo 72 del Código del Trabajo que establece que si durante el feriado se produce un reajuste legal, convencional o voluntario de remuneraciones, este se aplicará a la remuneración íntegra que corresponde pagar por tal concepto, desde la fecha de vigencia de tal reajuste.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, particularmente la contenida en dictamen N° 4751/209, antes citado, ha señalado que para lograr precisamente este objetivo es que el legislador dispuso en forma expresa que tratándose de trabajadores afectos a remuneraciones variables la remuneración íntegra, debía estar constituida por el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados. Sobre dicha base concluye: “las comisiones y otras remuneraciones variables que pueda percibir el trabajador durante su feriado, son legalmente reemplazadas por el promedio en referencia, de suerte tal que no resulta procedente adicionar las citadas remuneraciones variables a dicho promedio.”

De acuerdo a la misma jurisprudencia: “sostener lo contrario, vale decir, que el trabajador tenga derecho a percibir conjuntamente con el promedio de sus últimos tres meses trabajados las remuneraciones variables que devenga

habitualmente, significaría conceder a éste un doble pago que desvirtuaría el objetivo perseguido por el legislador...”

Corresponde aclarar, no obstante, que tal como se manifiesta en el dictamen precitado, la conclusión anotada es plenamente aplicable y ajustada a derecho en todos aquellos casos en que las comisiones, premios o bonos devengados por el trabajador son pagados en el mes que corresponde, sin que exista un desfase, situación que de acuerdo a los antecedentes aportados no ocurre en la especie.

En efecto de los antecedentes tenidos a la vista aparece que los dependientes por quienes se consulta están afectos a un sistema remuneratorio mixto conformado por sueldo y estipendios variables, compuestos principalmente por comisiones por ventas directas e indirectas que se pagan al mes siguiente de la facturación, cuyos porcentajes se consignan en el anexo A de los respectivos contratos individuales de trabajo. Tales circunstancias determinan que las sumas devengadas por tal concepto se paguen con desfase o en forma diferida, esto es, en un mes posterior a aquel en que se realizó la venta.

Teniendo presente lo expuesto y sin pronunciarse sobre la legalidad del aludido sistema remuneratorio, preciso es sostener que el feriado legal de los vendedores de que se trata deberá remunerarse en la forma prevista en el inciso 4° del artículo 71 en comento, vale decir, adicionado al sueldo convenido el promedio de las remuneraciones variables pagadas en los últimos tres meses calendario.

Ello sin perjuicio del pago de aquellas comisiones diferidas que no han sido consideradas para el cálculo del referido promedio.

A la misma conclusión se llega por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 71 del Código del Trabajo, antes transcrito, disposición que previene que durante el feriado el trabajador debe percibir además de la “remuneración íntegra” que al efecto establece la ley, cualquier otra remuneración o beneficio que éste haya devengado y cuya fecha de pago coincide con tal período.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas cumpro con informar lo siguiente:

1) Durante el período en que el personal de vendedores de la empresa Servicios y Productos Educativos Crisol Ltda. hace uso de licencia médica por

enfermedad tienen derecho a percibir, además del subsidio que les garantiza la ley, los montos que por concepto de comisiones desfasadas o indirectas corresponda pagara en el mes en que hacen uso de dicha prerrogativa.

2.- La remuneración íntegra que corresponde percibir al mismo personal durante el período de feriado legal, está constituida por el sueldo más el promedio de las remuneraciones variables devengadas en los tres últimos meses anteriores a aquél en que hacen uso del beneficio. Ello sin perjuicio del pago de aquellas comisiones diferidas que no han sido consideradas para el cálculo del referido promedio.

Inclusión de la semana corrida en el cálculo de la remuneración íntegra durante el feriado

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3740/35, de 27.08.2012:

La norma legal preinserta establece que el trabajador remunerado exclusivamente por día y el remunerado por sueldo base y remuneraciones variables, tienen derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio de tales días, si se trata de una empresa exceptuada del descanso dominical, en la forma prevista por el legislador, el que, según se colige del precepto en comento y lo ha señalado la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Dirección, atiende para estos efectos, al sistema remuneracional a que están afectos los trabajadores.

Así, en el caso de dependientes remunerados exclusivamente por día, la remuneración por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio, a que tuvieran derecho, equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, en tanto que tratándose de trabajadores afectos a un sistema de remuneración mixto constituido por sueldo mensual y remuneraciones variables, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

La interpretación armónica de la disposiciones legales transcritas en los párrafos precedentes permite concluir que a partir del 8 de agosto del presente año, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.613, dado que ella no contiene ninguna norma especial relativa a su fecha de entrada en vigor, la remuneración íntegra durante el feriado debe incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo, esto es,

la correspondiente a los días domingo y festivos, comúnmente denominada «semana corrida», según ya se expresó o a los días de descanso compensatorio de tales días, si se trata de una empresa exceptuada del descanso dominical.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que a contar del 08-08-2012, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.613, la remuneración íntegra que debe pagarse a los trabajadores durante el feriado debe incluir lo percibido por concepto de semana corrida, en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo.

Pago de los días hábiles e inhábiles comprendidos dentro del período que el trabajador hace uso del feriado.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0551/0036, de 03.02.2004:

"Niega lugar a solicitud de reconsideración de Dictamen N° 5409/251, de 16.12.2003, que concluye que "La Empresa XX debe pagar tanto los días hábiles como inhábiles incluidos en el período en que el dependiente hace uso de su feriado legal, conforme a la remuneración íntegra, esto es, adicionando al sueldo base el promedio de las remuneraciones variables devengadas en los tres últimos meses laborados"."

Ordinario N° 5409/0251, de 16.12.2003:

"La Empresa XX debe pagar tanto los días hábiles como inhábiles incluidos en el período en que el dependiente hace uso de su feriado legal, conforme a la remuneración íntegra, esto es, adicionando al sueldo base el promedio de las remuneraciones variables devengadas en los tres últimos meses laborados.

Reconsidera dictamen N° 5472/295, de 12.09.97 y todo otro pronunciamiento que contenga una doctrina contraria a la contenida en el presente oficio"

Ordinario N° 5472/0295, de 12.09.1997:

"Por lo que concierne a los trabajadores remunerados mensualmente, el pago de los domingo y festivos proviene del hecho de que han convenido un estipendio de carácter mensual, el que ha de entenderse que cubre tanto los

días hábiles como los días domingo y festivos que incidan en el mes respectivo.

De lo anteriormente señalado aparece claro que vigente el contrato de trabajo el empleador paga por concepto del beneficio de feriado propiamente tal, sólo los 15 días hábiles que señala la ley, pagando, en cambio, los días domingo y festivos comprendidos en él, ya sea por aplicación de la regla contenida en el artículo 45 del Código del Trabajo, o porque en la remuneración mensual del trabajador se entienden incluidas tales días.

En otros términos, el pago de los días domingo y festivos que inciden en el período de descanso anual no emana del feriado mismo, sino, de la necesidad en que se encuentra el empleador de continuar cumpliendo con el precepto del artículo 45 del Código del Trabajo, o bien, del hecho de haberse convenido una remuneración de carácter mensual".

Pago de toda remuneración o beneficio que corresponda ser pagada durante el período de feriado y que no ha sido considerada en el cálculo del feriado.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 5922/0270, de 11.10.1994:

"El trabajador, durante el feriado, además de tener derecho al pago de la denominada "remuneración íntegra", tiene derecho a que le sea pagada toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponde efectuar durante el mismo y que no haya sido considerada para el cálculo de la remuneración íntegra".

Ordinario N° 1248/066, de 04.03.1994:

"La expresión "toda otra remuneración o beneficio" que utiliza el inciso 5º, del artículo 71, del Código del Trabajo comprende cualquier remuneración o beneficio que el trabajador haya devengado, aparte de la "remuneración íntegra" a que se refieren en el inciso 1º y 3º del mismo artículo 71, cuya fecha de pago coincida con el período en que el respectivo dependiente haga uso del feriado".

Ordinario N° 3419/095, de 07.05.1991:

"El feriado de los agentes de seguro de la Compañía de Seguros de Vida Chilena La Consolidada S.A., cuya remuneración mensual es variable, debe ser

remunerado en base al promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados, sin perjuicio del pago de aquellas comisiones diferidas que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio".

Ordinario Nº 4751/209 de 22.08.1996:

"1) El feriado de los Agentes Vendedores de seguros de Vida que perciben comisiones y otros estipendios variables, debe ser remunerado en base al promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados, sin perjuicio del pago de aquellas comisiones diferidas que no se han considerado para el cálculo del aludido promedio.

2) Durante el período que los Agentes Vendedores de Seguros de Vida hacen uso de licencia médica tienen derecho a percibir el correspondiente subsidio y, además, aquellas comisiones diferidas cuyo pago, de acuerdo a lo pactado, corresponda efectuar en dicho período".

Ordinario Nº 4943, de 17.10.2019

Durante los días en que el trabajador está haciendo uso de su feriado, no corresponde el pago de las asignaciones de movilización y colación, atendido el carácter compensatorio que tienen ambos beneficios.

Ordinario Nº 1942, de 28.05.2019

3. Se consulta asimismo si procedería el pago de la asignación de colación correspondiente al período durante el cual el trabajador hace uso de feriado legal.

Al respecto, cabe hacer presente lo dispuesto por la norma del inciso final del artículo 71 del Código del Trabajo, que es del siguiente tenor:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.

Del precepto anotado se infiere que, además de la remuneración íntegra correspondiente al feriado, a que se refieren los incisos anteriores de la misma disposición, el empleador debe pagar al trabajador que se encuentra haciendo uso de vacaciones cualquiera otra remuneración o beneficio devengado a su respecto y cuya fecha de pago coincida con ese período; tal sería el caso, a modo de ejemplo, de un aguinaldo de Fiestas Patrias o de Navidad, o de una asignación de escolaridad.

A su vez, esta Dirección, mediante dictamen N° 1117/059, de 25.02.1994, sostuvo al respecto: «si se tiene presente que la asignación de colación tiene un eminente carácter compensatorio, toda vez que pretende resarcir al trabajador de los gastos de alimentación en que debe incurrir con ocasión de su concurrencia al trabajo, preciso es convenir que si durante el feriado el dependiente se encuentra liberado de prestar servicios habrá desaparecido la causa que genera el beneficio, no encontrándose, por ende, el empleador obligado a pagarlo».

Lo anterior no obsta a que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, hayan convenido expresamente que la asignación de colación se pagará a todo evento, lo cual no ha ocurrido en la especie.

En estas circunstancias, sobre la base de la disposición citada y de la jurisprudencia invocada, cúpleme informar a Uds. que no procede pagar asignación de colación durante el período en que el trabajador se encuentra haciendo uso de feriado, salvo acuerdo expreso en contrario.

Remuneraciones y otros haberes que no se consideran para efectos del pago de la remuneración íntegra

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2528, de 20.05.2015:

La reiterada doctrina de esta Dirección ha sostenido que, la gratificación, sea legal o convencional, ha sido concebida por el artículo 42 letra e) del Código del Trabajo y los artículo 46 y siguientes del mismo cuerpo normativo, como un beneficio de carácter anual, como una participación eventual o garantizada en las utilidades que pudiere haber obtenido la empresa en el respectivo ejercicio comercial, constituyendo las sumas entregadas mensualmente o durante el curso del año tan solo una modalidad de pago del beneficio.

Por consiguiente, al tenor de lo expuesto, posible es concluir que la gratificación, cualquiera sea su modalidad de pago, no reúne los requisitos señalados en párrafos precedentes que permitan calificar una remuneración como sueldo, puesto que, si bien, podría constituir una suma de dinero pagada por períodos mensuales, no es menos cierto, que no resulta posible estimar que responda a una prestación de servicios en los términos que lo exige el concepto de sueldo consignado en el artículo 42 del Código del Trabajo,

máxime si es el propio legislador quien expresamente, al enumerar distintas modalidades de remuneración, ha concebido el sueldo y la gratificación como distintos tipos de remuneraciones.

A su vez, la doctrina de esta Dirección ha concluido que la gratificación no constituye una remuneración de carácter variable, puesto que el monto que se paga por dicho beneficio, no produce el efecto de hacer variar, de un mes a otro, la remuneración mensual del trabajador, requisito éste que de acuerdo al inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, debe cumplir una remuneración para ser calificada como variable, teniendo presente, además, que en caso alguno la gratificación constituye una contraprestación de características semejantes a las comisiones, primas y tratos, circunstancia ésta que no permite incluirla en la expresión “otras” que utiliza el legislador en el citado precepto.

No obstante lo anterior, cabe hacer presente que, cualquiera sea la modalidad de pago que se acuerde por concepto de gratificación, el monto que se pague deberá ser equivalente a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

Asimismo, cabe precisar que por el hecho que la gratificación no sea considerada para los efectos de calcular la remuneración íntegra que se debe pagar durante el feriado, no significa de manera alguna, que los trabajadores no tengan derecho a percibir, tratándose de una gratificación pagada por períodos mensuales, la cuota correspondiente al mes en que se haga uso de dicho derecho, dado que el pago del referido beneficio, en dicho término, constituye una obligación que debe cumplir el empleador en virtud de un acuerdo de voluntades a través de un contrato individual o colectivo de trabajo.

Ordinario N° 3655/0215, de 19.07.1999:

"Los estipendios que retribuyen estos desempeños ocasionales no responden a la noción de remuneración variable contemplada en el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, toda vez que la jurisprudencia administrativa ha dejado establecido que estos tratos, para que originen remuneración variable, deben tener rasgos de permanencia y efectivamente producir fluctuación de remuneraciones de un mes a otro".

Ordinario N° 3402/0196, de 05.07.1999:

Al tenor de lo expresado, en la especie, posible es sostener que las asignaciones de pérdida de caja, colación y movilización no deben ser consideradas remuneración para ningún efecto, toda vez que, por expreso mandato del legislador, carecen de tal carácter, conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 41 del Código del Trabajo antes transcrito y comentado.

A mayor abundamiento, si se considera que las referidas asignaciones pretenden resarcir al trabajador de pérdidas y gastos en que puede o debe incurrir con ocasión de su concurrencia al trabajo y de su prestación efectiva de servicios, preciso es convenir que, si durante el feriado éste se encuentra liberado de prestar dichos servicios, habrá desaparecido la causa que genera tales beneficios, no encontrándose el empleador, por ende, obligado a pagarlos.

De esta forma, para que las referidas asignaciones pactadas entre empleador y trabajador sean pagadas durante el feriado legal de éste último, se requiere que las partes, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad, convengan expresamente su pago a todo evento, mediante estipulación precisa al respecto

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Uds. que la "remuneración íntegra" a que se refiere el inciso segundo del artículo 67 del Código del Trabajo, no comprende las asignaciones de pérdida de caja, colación y movilización y, por ende, resulta procedente que la Empresa S.A.C.I., durante el feriado legal de sus trabajadores, no pague a éstos los montos correspondientes a dichos beneficios.

Ordinario N° 3655/0215, de 19.07.1999:

"Los estipendios que retribuyen estos desempeños ocasionales no responden a la noción de remuneración variable contemplada en el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, toda vez que la jurisprudencia administrativa ha dejado establecido que estos tratos, para que originen remuneración variable, deben tener rasgos de permanencia y efectivamente producir fluctuación de remuneraciones de un mes a otro".

Ordinario N° 2217/0156, de 18.05.1998:

"Los bonos de colación y movilización pactados en el contrato colectivo no deben ser considerados para el pago de la remuneración correspondiente al feriado legal de dichos dependientes".

Ordinario N° 4943, de 17.10.2019

Durante los días en que el trabajador está haciendo uso de su feriado, no corresponde el pago de las asignaciones de movilización y colación, atendido el carácter compensatorio que tienen ambos beneficios.

Ordinario N° 7350/0379, de 01.12.1997:

"De ello se sigue, que dichos dependientes se encuentran sujetos a un sistema remuneracional fijo, lo que significa, en conformidad a lo expresado precedentemente, que durante el feriado su remuneración íntegra estará constituida por el sueldo.

Ahora bien, para estos efectos el concepto sueldo es aquel que entrega el ya transcrito y comentado artículo 42 letra a) del Código del Trabajo y las características que debe reunir una remuneración para ser calificada como sueldo son aquellas analizadas en párrafos precedentes, las cuales, como ya dijéramos, no concurren respecto de la Gratificación Extraordinaria como tampoco respecto del Bono de Producción, razón por la cual, se concluyó que tales estipendios no revisten el carácter de sueldo.

De consiguiente, si consideramos que tanto la Gratificación Extraordinaria o Bono Especial como el Bono de Producción que perciben los trabajadores en referencia, no constituyen sueldo, forzoso es concluir que tales beneficios no resulta procedente considerarlos para los efectos de calcular la remuneración correspondiente al feriado anual".

Ordinario N° 1245/064, de 03.03.1994:

"Los trabajadores de Infodema S.A., para el cálculo de la remuneración íntegra de su feriado, se encuentran afectos a un régimen de remuneración mixta, debiéndose configurar el promedio de lo ganado en los últimos tres meses sumando al sueldo fijo y la asignación de casa, el estipendio variable constituido por el bono por trabajo en horario nocturno que correspondiere".

Ordinario 1222, de 04.04.2019

Efectuada la precisión anterior, cúpleme señalar que para resolver sobre el particular cabe recurrir a los conceptos de sueldo y de remuneraciones variables fijados por

nuestra legislación, por cuanto, como ya se expresara, dichos estipendios son los que deben ser considerados para configurar la "remuneración íntegra" que corresponde pagar durante el feriado.

El primero, aparece definido en el artículo 42 a), párrafo primero del Código del Trabajo, en los siguientes términos:

"Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

a) Sueldo o sueldo base que es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales pactados en el contrato, que percibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10".

Al respecto, la doctrina institucional contenida principalmente en dictamen 3153/063 de 25.07.2008, ha precisado los requisitos que debe cumplir un determinado estipendio para ser calificado como sueldo, señalando que ellos son:

- a) Que se trate de un estipendio fijo,*
- b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo prevenido en el inciso 2º del artículo 10,*
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato, y,*
- d) Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.*

Tal como se señalara en el mencionado dictamen, toda aquella remuneración que reúna las condiciones indicadas podrá ser calificado como sueldo o sueldo base, aun cuando las partes hayan dado una denominación diversa a la respectiva prestación.

Analizado el emolumento en análisis a la luz de la doctrina precitada, forzoso resulta convenir que a su respecto no se cumple el requisito signado con la letra d) precedente, vale decir, que su pago responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo, circunstancia que a la vez, permite concluir que no puede ser calificado como sueldo para los efectos de incluirlo en la base de cálculo de la remuneración íntegra que debe pagarse durante el feriado a los dependientes afectos a un sistema remuneratorio de carácter fijo.

Tampoco corresponde calificar dicho beneficio como remuneración variable de acuerdo al concepto fijado por la doctrina institucional, por lo que no corresponde considerarlo para calcular la señalada remuneración íntegra tratándose de dependientes sujetos a remuneraciones de tal carácter.

Atendido lo anterior, cúpleme expresarle que el empleador no está obligado a pagar

la remuneración convenida por las horas de interrupción de la jornada diaria en conformidad a la nueva normativa contenida en el artículo 34 bis del Código del Trabajo, durante el período en que el trabajador regido por sus disposiciones hace uso de feriado legal.

Reajuste de remuneraciones que se produzcan durante el uso del feriado por parte del trabajador

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 5424/0250, de 25.08.1995:

"La finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer el principio de la remuneración íntegra fue la de impedir que el dependiente sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio del feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios.

La afirmación precedente se ve corroborada por el propio artículo 72 del referido cuerpo legal al señalar que si durante el feriado se produce un reajuste legal, convencional o voluntario de remuneraciones, este se aplicará a la remuneración íntegra que corresponde pagar durante dicho período desde su fecha de vigencia".

Compensación del feriado en dinero

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 8413/0143, de 08.10.1989:

"Armonizando los preceptos legales que regulan el feriado, especialmente los artículos 65 y 66 del Código del Trabajo que se refieren, respectivamente, al feriado básico y al feriado progresivo, y, teniendo presente, por otra parte, lo sostenido en dictámenes N°s 6021, de 16 de agosto de 1988, y 2575, de 27 de marzo de 1989, que en fotocopia se adjuntan, esta Dirección estima que para determinar la compensación que por concepto de feriado debe percibir el trabajador en los casos precedentemente citados debe observarse el siguiente procedimiento:

- Deberá primeramente dividirse el número de días de feriado a que el trabajador tendría derecho, incluidos los días de feriado progresivo, si los hubiere, por el número de meses que comprende el año.

- El producto de dicha operación será el número de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por cada mes trabajado.

- El resultado anterior deberá multiplicarse por el número de meses, y fracción de meses de servicio que el dependiente hubiere acumulado entre la fecha de su contratación y la de término de sus funciones, o entre la fecha que haya enterado su última anualidad y la de terminación del contrato, según corresponda.

La cifra resultante de tal operación será el número total de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por concepto de feriado, y

c) El total de días y fracciones de días así determinado deberá calcularse a partir del día siguiente a la fecha de terminación de contrato y, deberá comprender, además de los días hábiles, los domingos, festivos y, en su caso, los hábiles que corresponda por aplicación del artículo 67 del Código del Trabajo.

El producto de la operación precedente será el número total de días que, en definitiva, el empleador deberá compensar al trabajador por concepto de feriado a causa de la terminación del contrato de trabajo".

Ordinario N° 2575/036, de 27.03.1989:

"La fecha en que debe iniciarse el cómputo de las compensaciones en dinero del feriado a que aluden los incisos 2º y 3º del artículo 72 del Código del Trabajo, es el día siguiente a la fecha de la terminación del contrato".

Ordinario N° 0826/013, de 05.03.2007:

"Para determinar el monto del feriado proporcional, la fracción de día -por ínfima que ella sea- que no alcanza hacerse valer en el último día hábil anterior a un sábado, domingo o festivo, pasa al día hábil siguiente, de tal forma que estos días intermedios deben servir de base para liquidar el beneficio."

Ordinario N° 3515/0112 de 28.08.2003:

"La compensación del exceso del feriado básico a que se refiere el artículo 68 del Código del Trabajo, comprende, además de los días hábiles, los sábados, domingo y festivos que incidan en el período de descanso que se compensa."

Ordinario N° 2540/0193, de 20.06.2000:

"Procede indemnizar la totalidad de períodos de feriados acumulados en caso de término de contrato de trabajo, aún cuando se exceda el máximo de dos períodos de acumulación que permite la ley.

Del mismo modo, sobre la compensación en dinero de los feriados, incluidos los sábados, domingos y festivos, esta Dirección en forma reiterada y uniforme se ha pronunciado en el sentido que estos días deben incluirse en la base de cálculo de las sumas que en definitiva deben pagarse al dependiente que deja su trabajo (Dictámenes N°s. 8413, de 30.10.1989, y 1533/87, de 23.03.1999).

En estas condiciones, el pago hasta por diez años de feriados no concedidos y liquidados con inclusión de los sábados, domingos y festivos, se encuentra conforme a la legislación laboral y a la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, por tanto, en el ámbito estrictamente laboral, nada objetable advierte esta Entidad Fiscalizadora en los hechos examinados".

Ordinario N° 0799/0067, de 01.03.2000:

"La indemnización por concepto de feriado básico o de feriado proporcional que debe percibir un trabajador en conformidad a lo previsto en los incisos 2° y 3° del artículo 72 del Código del Trabajo, debe comprender además de los días hábiles, domingos y festivos, los días sábados que incidan en el período de descanso que se indemniza o compensa".

Ordinario N° 5459/0318, de 02.11.1999:

"El trabajador que deja de pertenecer a la empresa antes de completar un año de servicio o una nueva anualidad, tiene derecho a percibir una indemnización por concepto de feriado calculada en forma proporcional al tiempo transcurrido entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones".

Ordinario N° 7173/0351 24.11.1997:

"De los preceptos legales precedentemente transcritos se infiere que el feriado es un beneficio que no puede compensarse en dinero sino en los casos de excepción contemplados en la ley; estos son:

a) cuando el trabajador deja de pertenecer a la empresa teniendo los requisitos para hacer uso de feriado;

b) cuando el contrato de trabajo termina antes de que el trabajador entere los requisitos para tener derecho a feriado, y

c) cuando se compense lo que exceda del feriado básico de 15 días hábiles, en el caso de los dependientes que gozan de feriado progresivo".

Ordinario N° 2910/0174, de 14.04.1994:

"Para impetrar el beneficio del feriado proporcional, no requiere el dependiente haber trabajado un año o más en la empresa".

Ordinario N° 3792/0231, de 30.07.1993:

"El feriado proporcional que contempla el artículo 72, inciso 3° del Código del Trabajo no está subordinado a la prestación efectiva de servicios sino a la simple vigencia del contrato de trabajo durante el año respectivo, de suerte que no se extingue en caso que el trabajador haya hecho uso de licencia médica, toda vez que durante esta la relación jurídico laboral se mantiene vigente".

Ejemplos de cálculo remuneración íntegra durante el feriado de los trabajadores.

Cálculo remuneración íntegra compensación en dinero Feriado Progresivo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3515/0112 de 28.08.2003:

"La compensación del exceso del feriado básico a que se refiere el artículo 68 del Código del Trabajo, comprende, además de los días hábiles, los sábados, domingo y festivos que incidan en el período de descanso que se compensa."

Ordinario N° 3838/0192 de 18.11.2002:

los días de feriado progresivo que corresponda considerar, por reunirse tres nuevos años de servicios por sobre diez años trabajados a uno o más empleadores, serían susceptibles de negociación individual o colectiva, lo que significa que las partes podrían negociar su compensación en dinero, y en tal caso, estando vigente el contrato, su pago constituiría remuneración, y en esta calidad quedarían afectos a las disposiciones legales sobre descuentos obligatorios, permitidos y prohibidos de remuneraciones del artículo 58 del Código del Trabajo, como igualmente, a inembargabilidad del artículo 57 del mismo Código, salvo en lo que excedan 56 unidades de fomento, o por

pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, o por defraudación hurto o robo del trabajador en contra del empleador en ejercicio de sus funciones, o remuneraciones adeudadas por el trabajador a las personas que a su vez hayan estado a su servicio como trabajadoras, casos todos en los cuales podrá embargarse hasta el 50% de la remuneración por los conceptos indicados.

TEMA 2

LOS PERMISOS A LOS TRABAJADORES

Permiso por muerte de familiares

Requisitos para impetrar los días de permiso

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0886/019, de 08.03.2007:

De la disposición legal antes transcrita se desprende en primer término que el legislador ha establecido en favor de todos los trabajadores (as), el derecho a gozar de siete días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, en caso de muerte de un hijo o de su cónyuge, beneficio que podrán impetrar sea cual fuere el tiempo de prestación de servicios.

Se colige, asimismo, que dicho permiso será de tres días hábiles en caso de muerte de un hijo en período de gestación o del padre o madre del trabajador (a).

Como es dable apreciar, dándose los supuestos previstos en la norma, la sola calidad de dependiente da derecho al trabajador a acceder al beneficio de que se trata, sin que sea necesario el cumplimiento de requisitos de antigüedad u otras exigencias para tal efecto.

Permiso por muerte de hijo, cónyuge o conviviente civil

Número de días

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0886/019, de 08.03.2007:

En relación con la norma legal precitada, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en dictamen N° 478/26, de 23.11.98, aplicando las reglas de interpretación legal contempladas en los artículos 19 y 20 del Código Civil, ha precisado que la expresión días útiles que en ella se utiliza tiene el mismo significado que días hábiles, de suerte tal que en un plazo de esta naturaleza no deben considerarse aquellos que tienen el carácter de feriado conforme a la ley.

En mérito de todo lo expuesto podemos afirmar entonces, que el cómputo de los siete días corridos de permiso a que tiene derecho el trabajador (a) cuando

fallece un hijo o su cónyuge, deberá comprender también los días feriados que incidan en el período de permiso

En cuanto a la forma y oportunidad en que deben hacerse efectivos los permisos que nos ocupan, debe señalarse que acorde a lo dispuesto por el artículo 66 del Código del Trabajo, el primero de ellos, esto es, aquél a que tiene derecho el trabajador o trabajadora a causa de la muerte de un hijo o de su cónyuge debe utilizarse en forma continua, esto es, sin interrupciones a partir del día de ocurrido el fallecimiento y el segundo, a partir de la fecha en que se haya producido la muerte del padre o madre del trabajador (a) o desde el momento en que se acredite la defunción fetal a través del correspondiente certificado de defunción, excluyendo los días feriados que incidan en el período.

Ordinario N° 0019, de 04.01.2016.

De la lectura de la citada disposición legal, se infiere, en lo pertinente, que el legislador ha establecido, en favor de todos los trabajadores(as), el derecho a gozar de siete días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, en caso de muerte de un hijo, cónyuge o conviviente civil, beneficio que podrán impetrar y hacer efectivo, sea cual fuere el tiempo de prestación de servicios, a partir del día del respectivo fallecimiento.

De lo expuesto, se deduce que el legislador ha extendido el derecho a permiso por muerte de un hijo o cónyuge a la figura del conviviente civil, ajustándose de este modo, por expreso mandato legal, la aludida disposición a la figura legal prevista en la señalada ley N° 20.830.

En este contexto, y a fin de precisar para dicho efecto que se entiende por conviviente civil, cabe señalar que conforme a lo previsto en el artículo primero de la aludida ley N° 20.830, adquieren dicha calidad aquellos contrayentes que celebran un acuerdo de unión civil, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de manera estable y permanente, y cuya celebración les confiere el estado civil de convivientes.

Precisado lo anterior, del antes transcrito artículo 66 del Código del Trabajo, se advierte, además, que cada trabajador comprendido en una de las situaciones previstas en el inciso primero de la disposición legal, vale decir, aquellos que sufrieren la pérdida de un hijo, cónyuge o de su conviviente civil, tendrán derecho a gozar de fuero laboral por un período de un mes, a contar del respectivo fallecimiento, no obstante, si el trabajador se encuentra sujeto

a un contrato a plazo fijo o por obra, o servicio determinado, de duración no inferior a un mes, el fuero sólo lo amparará durante la vigencia del contrato, sin que sea necesario solicitar el desafuero al término de la vigencia.

Luego, como es dable apreciar, dándose los supuestos previstos en la norma, la sola calidad de dependiente da derecho al trabajador a acceder al beneficio de que se trata, sin que sea necesario el cumplimiento de requisitos de antigüedad u otras exigencias para tal efecto.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que a contar del 22.10.2015, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.830 -según lo dispuesto en el artículo primero transitorio de la referida ley-, todo trabajador tendrá derecho a gozar de 7 días corridos de permiso pagado, adicional al feriado anual, en caso de muerte de un hijo, cónyuge o de su conviviente civil, beneficio que podrán impetrar sea cual fuere el tiempo de prestación de servicios.

Fuero laboral por estas circunstancias:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0886/019, de 08.03.2007:

Respecto al fuero laboral que establece la señalada normativa, cabe señalar que éste sólo corresponde a los trabajadores comprendidos en el inciso 1º, vale decir, aquellos que sufrieren la pérdida de un hijo o de su cónyuge, beneficio que se extiende por un mes, a contar del respectivo fallecimiento. Al tenor de lo previsto por el artículo 174 del Código del Trabajo, la señalada prerrogativa implica que durante dicho lapso el empleador no podrá poner término a sus contratos de trabajo sin la autorización previa del juez competente, el que sólo podrá concederla si se invocan las causales de término de contrato establecidas en los N°s 4 ó 5 del artículo 159, vale decir, vencimiento del plazo convenido o conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, respectivamente, como también, cualquiera de aquellas que prevé el artículo 160 del mencionado Código.

De acuerdo a la misma norma legal, tratándose de trabajadores afectos a contratos de plazo fijo o por obra o servicio determinado, cuya duración fuere inferior a un mes, la prerrogativa de fuero laboral sólo los amparará durante la

vigencia del respectivo contrato, circunstancia ésta que determina que no será necesario solicitar su desafuero, al término de ellos.

Suspensión de las vacaciones en caso de muerte de hijo, cónyuge o conviviente civil:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3741/036, de 27.08.2012:

La explicación del carácter adicional al feriado de dicho permiso se encuentra en que, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que derivó en la Ley N° 20.137 (D.O. 16.12.2006) que aumentó el número de días del beneficio en comento, puestos a determinar cuál de las dos partes de la relación laboral debía asumir el costo de soportar el permiso en cuestión, la opción de los legisladores determinó que fuera el empleador quien lo asumiera. Así, el H. Diputado Sr. Melero, en la Discusión en Sala, durante el Primer Trámite Constitucional, señaló:

“(…) Si bien la muerte de un hijo constituye un drama para la familia, cuya ocurrencia, afortunadamente, no es demasiado alta, no soy partidario de incorporar ingredientes que, además, afecten las vacaciones del trabajador. A mi juicio, es un problema de impacto menor en las relaciones laborales y en los costos y, por lo tanto, se puede dejar en los términos planteados en el proyecto”.

Por otra parte, la finalidad del feriado anual resulta del todo distante de la finalidad del permiso por muerte de un hijo. Así, se considera que el objetivo principal del feriado anual es permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva (dictamen Dirección del Trabajo N° 6.256/279, de 09.10.1995). En cambio el permiso por muerte de un hijo, cual es ayudar a sobrellevar el dolor de la pérdida del ser querido, durante los primeros días del deceso (así, H. Diputado Sr. Melero, en la Discusión en Sala, durante el Primer Trámite Constitucional), así como resolver los trámites derivados del fallecimiento (así, H. Diputado Sr. Bertolino, en la Discusión en Sala, durante el Primer Trámite Constitucional).

De esta manera, tanto por la intención del legislador, en cuanto a no hacer recaer en el trabajador el costo del permiso por muerte de un hijo, así como por la finalidad del mismo, del todo ajena a aquella del feriado anual, resulta

coherente con la doctrina institucional para casos análogos (así, dictamen N° 6.256/279, de 09.10.1995 según el cual “resulta jurídicamente procedente la suspensión del feriado legal anual de que esté haciendo uso un trabajador por la circunstancia de sobrevenirle durante éste una enfermedad que le confiera derecho a licencia médica”), sostener que en el caso de un trabajador que se encuentra haciendo uso de su feriado anual sobreviene la muerte de un hijo suyo, dicho feriado deberá entenderse suspendido, mientras transcurre el tiempo pertinente al permiso por muerte que concede la ley, continuando el feriado anual una vez transcurrido el referido permiso.

Ordinario N° 5655, de 05.12.2019

De las normas antes transcritas, se desprende, en lo pertinente a su consulta, que en caso de fallecimiento de las personas señaladas taxativamente en la ley, corresponden al trabajador ciertos días de permiso pagado.

Se colige igualmente que el permiso por fallecimiento sólo puede ser impetrado en los períodos que expresamente fija la ley, esto es, desde el día del respectivo fallecimiento o desde el respectivo certificado de defunción fetal, según corresponda, de suerte tal que no se puede hacer uso de este beneficio especial en una fecha distinta de la señalada en la ley.

De esta manera, la normativa en estudio no permite suspender la licencia médica ni el permiso por fallecimiento por el que se consulta.

Por otra parte, es importante consignar que aunque la licencia médica persiga como fin la recuperación de la salud y el referido permiso por fallecimiento la realización de aquellos trámites necesarios e impostergables que acarrea la muerte de una persona, ambos persiguen justificar, también, la falta de prestación de servicios del trabajador durante un determinado período de tiempo.

Por consiguiente, atendido lo antes señalado si el fallecimiento del familiar del trabajador se produce durante el período en que él está haciendo uso de una licencia médica la finalidad de justificar la falta de prestación de servicios perseguida con el permiso por fallecimiento se confundiría, a este respecto, con la finalidad perseguida por la licencia médica.

Sin perjuicio de lo anterior cabe señalar que, en el evento que el descanso por licencia médica termine antes del lapso que otorga el referido artículo 66, corresponderán al trabajador los días de permiso por fallecimiento que no estén cubiertos por la respectiva licencia médica.

Por consiguiente, en mérito de las consideraciones expuestas y disposiciones legales citadas, cumpto con informar a Ud. que en el evento que un trabajador deba hacer uso del permiso por fallecimiento durante el goce de una licencia médica no resulta procedente la suspensión de esta última.

Permiso muerte de hijo en gestación

Número de días:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario 3342/048, 01.09.2014

La norma legal en estudio señala que el plazo de cinco días de permiso es de días hábiles, razón por la cual, para su cómputo se excluyen los domingo y festivos a que haya lugar dentro del período elegido por el trabajador. Cabe agregar además, que atendido que la norma en estudio dispone que los días de permiso por matrimonio son adicionales a los días de feriado legal, para efectos de su cálculo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 69 del Código del Trabajo, en cuya virtud el día sábado se considera siempre inhábil.

Forma de utilizarlos:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0886/019, de 08.03.2007:

Por el contrario, por expreso mandato del legislador, el cómputo de los tres días de permiso a que se tiene derecho cuando muere un hijo en gestación o el padre o madre del trabajador (a), debe comprender sólo días hábiles comprendidos en dicho lapso, correspondiendo, por tanto, excluir para dicho efecto todos aquellos que revistan el carácter de feriados o festivos de acuerdo a la ley.

En cuanto a la forma y oportunidad en que deben hacerse efectivos los permisos que nos ocupan, debe señalarse que acorde a lo dispuesto por el artículo 66 del Código del Trabajo, el primero de ellos, esto es, aquél a que tiene derecho el trabajador o trabajadora a causa de la muerte de un hijo o de su cónyuge debe utilizarse en forma continua, esto es, sin interrupciones a partir del día de ocurrido el fallecimiento y el segundo, a partir de la fecha en que se haya producido la muerte del padre o madre del trabajador (a) o desde el momento en que se acredite la defunción fetal a través del correspondiente certificado de defunción, excluyendo los días feriado que incidan en el período.

Así, y a vía de ejemplo, si la acreditación de la muerte del hijo en gestación o la muerte del padre o madre del beneficiario, se produce un día jueves, el permiso correspondiente deberá terminar el día lunes siguiente, toda vez que, como ya se señalara precedentemente, no deben considerarse para el cómputo del beneficio los días festivos o feriados que inciden en el período, carácter que al tenor de lo prevenido en la ley precitada, reviste el día domingo.

Ordinario Nº 5125, de 28.10.2019

De la norma antes transcrita, se desprende, en lo pertinente a su consulta que, en caso de fallecimiento del padre o madre, corresponden al trabajador tres días hábiles de permiso pagado.

Ahora bien, esta Dirección mediante dictamen N° 886/19, de 08.03.07, señaló, en lo pertinente, que el legislador estableció reglas diferentes para el goce de los permisos consagrados en los incisos 1° y 2° del artículo 66, estableciendo expresamente que en el caso de muerte de un hijo o del cónyuge del trabajador(a) el permiso será de días corridos, en tanto que el previsto en el inciso 2°, esto es, el que procede por muerte de hijo en gestación o del padre o madre del trabajador(a) será de días hábiles.

Agrega dicho pronunciamiento que, por expreso mandato del legislador, el cómputo de estos tres días de permiso en caso de muerte de un hijo en gestación o del padre o madre del trabajador(a), debe comprender sólo días hábiles, correspondiendo, por tanto, excluir para dicho efecto todos aquellos que revistan el carácter de feriados o festivos de acuerdo con la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, si bien el artículo 66 dispone que el permiso será de días hábiles, ello no puede privar a un trabajador del derecho que tiene de hacer efectivo su permiso en días inhábiles, cuando la distribución de su jornada comprende la prestación de servicios en dichos días.

Precisado lo anterior, cabe determinar cómo se debe otorgar el permiso del inciso 2° del artículo 66 tratándose de un trabajador que presta servicios sólo los días domingo y cuya madre falleció el domingo 27 de enero de 2019.

Para resolver hay que distinguir si el fallecimiento ocurre durante la jornada de trabajo o una vez terminada ésta.

De tal forma, cuando el fallecimiento ocurre durante la jornada de trabajo del dependiente, el permiso debe otorgarse a contar del mismo día del fallecimiento.

Por su parte, si el fallecimiento tuvo lugar una vez terminada la jornada de trabajo, el

cómputo del permiso deberá comenzar a partir del día siguiente, pues, en caso contrario se privaría al trabajador de un día de permiso.

Aplicando lo expuesto precedentemente a la situación que se analiza, no cabe sino concluir que el trabajador cuya madre falleció el domingo 27 de enero de 2019 tiene derecho a ejercer permiso de que se trata a contar del mismo día 27 -si el fallecimiento ocurrió durante su jornada de trabajo- y en los dos días inmediatamente siguientes, vale decir, lunes 28 y martes 29 de enero de 2019.

La conclusión anotada se obtiene a partir de la historia fidedigna de la ley N° 20.137, de la que se desprende que la intención del legislador al estatuir el permiso en estudio fue facilitar al trabajador la realización de los trámites necesarios e impostergables propios que acarrea el fallecimiento de una persona, como sería la obtención del certificado de defunción, inscripción en el registro civil, contratación de servicios funerarios y sepultación, oficios religiosos cuando fuere procedente, entre otros, los que indudablemente se deben efectuar inmediatamente de ocurrido el fallecimiento, ya sea que se trate de días hábiles o inhábiles para el trabajador.

Imputación de los días de permiso del artículo 66 del código del trabajo a beneficios contractuales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 752/039, de 31.01.1994:

Ahora bien, si los instrumentos colectivos respectivos establecen permisos de igual naturaleza a los previstos en el artículo 65-A, estos beneficios en cuanto a su número de días, remuneración u otras modalidades especiales, se rigen por las normas que se hayan convenido, sin perjuicio de que lo pactado no puede ser inferior al nivel establecido en la ley, por el carácter irrenunciable de los derechos laborales establecidos por el legislador de acuerdo a la norma del artículo 5° del Código del Trabajo.

Al tenor de lo expuesto, posible es concluir que los permisos que establece el artículo 65-A, pueden imputarse a aquellos pactados en instrumentos colectivos de trabajo, en la medida que éstos representen para los respectivos trabajadores beneficios superiores a aquellos previstos en la ley.

Ordinario N° 1638/032, de 02.05.2007:

"1) Los trabajadores de la empresa de Correos de Chile afectos al contrato colectivo de 21.08.06, tienen derecho a impetrar los permisos por muerte de un hijo, del cónyuge o del padre o madre del trabajador (a) en la forma establecida

en el artículo 66 del Código del Trabajo, por ser éstos de nivel superior a aquellos que por la misma causa se estipulan en la cláusula N° 35 del mencionado instrumento, sin que resulte jurídicamente viable adicionar éstos a aquellos.

2) El resto de los permisos contemplados en la citada estipulación, vale decir, por muerte de los suegros o hermanos del trabajador (a), deben continuar otorgándose en la forma pactada en la norma convencional precitada."

Permiso realización exámenes médicos

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4654/073, de 25.11.2014.

Contenido.

La nueva disposición establece, un permiso pagado, de medio día, una vez al año durante la vigencia de la relación laboral, para las trabajadoras mayores de cuarenta años de edad y los trabajadores mayores de cincuenta, cuyos contratos de trabajo estén pactados por un plazo superior a treinta días y en caso de que el contrato sea por obra o faena determinada, o por un plazo fijo, el beneficio podrá ejercerse a partir de los treinta días de celebrado dicho instrumento.

La finalidad de dicho permiso, es que las trabajadoras y los trabajadores beneficiarios, se practiquen exámenes preventivos de mamografía y próstata respectivamente, pudiendo incluirse otras prestaciones médicas preventivas como papanicolau, entre otras, en Instituciones de Salud Públicas o Privadas, según corresponda.

El referido período de medio día, debe ampliarse al necesario para los traslados hacia la institución médica y de regreso, considerando las condiciones geográficas, de transporte y la disponibilidad del equipamiento médico necesario.

Asimismo, el tiempo del permiso no puede ser compensado en dinero, durante la vigencia de la relación laboral ni a su término y se entiende trabajado para todos los efectos legales.

Beneficiarios

Son beneficiarios del permiso en estudio, las trabajadoras y trabajadores que copulativamente cumplan con los requisitos de ser mayores de cuarenta y de

cincuenta años de edad, respectivamente, y que se encuentren sujetos a contrato de trabajo indefinido, plazo fijo o por obra o faena, cuya vigencia se extienda por más de treinta días.

Oportunidad para hacer uso del beneficio.

El trabajador y la trabajadora podrán gozar del permiso referido a su elección, una vez cumplido el requisito etario para su ejercicio, dentro de cada año calendario, durante los cuales se extienda su relación laboral.

Formalidades.

El legislador establece que para ejercer el permiso que nos ocupa, el trabajador y la trabajadora deberán comunicar a su empleador que harán uso del mismo con una semana de antelación. Asimismo, establece que con posterioridad a hacer uso del permiso, éstos deberán presentar los comprobantes suficientes que acrediten que se practicaron los exámenes en la fecha señalada.

Cabe señalar, que aun cuando la citada norma legal no establece formalidades ni exigencias especiales respecto de la comunicación, este Servicio, en el ámbito de su competencia en materia de interpretación legal, estima que dicho aviso debe materializarse por escrito.

La conclusión anterior se fundamenta en el principio de certeza y seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones laborales, el cual busca garantizar que trabajador y empleador conozcan con exactitud sus derechos y obligaciones recíprocas. En efecto, la materialización por escrito de dicha comunicación, permitirá a las partes conocer con claridad la oportunidad en que el trabajador hará uso del beneficio y evitar con ello eventuales discrepancias al respecto. Asimismo, la escrituración de dicho documento facilitará la labor fiscalizadora de este Servicio al conocer de denuncias que se efectúen sobre la materia.

Asimismo, respecto de la semana de anticipación con que el dependiente debe efectuar la comunicación en referencia, cabe señalar que este Servicio, mediante Dictamen N° 2296/23 de 24.06.2014, precisó que “Semana, para los efectos en consulta, es aquella que dura un período de tiempo de 7 días, sin que sea necesario, que se extienda, de lunes a domingo”.

De consiguiente, el plazo de una semana dentro del cual la trabajadora o trabajador deben comunicar a su empleador que harán uso del permiso en comento, debe entenderse de siete días.

Imputación del beneficio a permisos convencionales.

Del precepto legal transcrito, se infiere que en aquellas empresas que previamente han pactado un permiso con la finalidad de practicarse exámenes preventivos de mamografía y próstata u otros tales como papanicolau, etc., con sus trabajadores a través de instrumentos colectivos, se imputará a dichas convenciones, el tiempo a que da derecho el nuevo beneficio.

Permisos voluntarios del cuerpo de bomberos

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 2880/051, de 31.05.2016.

1.- Trabajadores a quienes se aplica el artículo 66 ter del Código del Trabajo:

Al respecto, cabe atender a lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 20.564 de 03.02.2012, Ley Marco de los Bomberos de Chile, que señalan:

"Artículo 1º.- Los Cuerpos de Bomberos y la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile constituyen el Sistema Nacional de Bomberos; servicios de utilidad pública, que se rigen por las disposiciones de esta ley, de su reglamento, la de sus estatutos y de leyes especiales, y, en lo no previsto en ellas, por las normas sobre personas jurídicas a que se refiere el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil.

Artículo 2º.- Los Cuerpos de Bomberos integrantes del Sistema Nacional de Bomberos, tendrán por objeto atender, gratuita y voluntariamente, las emergencias causadas por la naturaleza o el ser humano, tales como, incendios, accidentes de tránsito u otras, sin perjuicio de la competencia específica que tengan otros organismos públicos y/o privados".

En virtud de lo anterior, resulta posible puntualizar, que revisten el carácter de Voluntarios del Cuerpo de Bomberos, aquellas personas naturales que integran alguno de los Cuerpos de Bomberos del país, los que encontrándose en condición de activos u honorarios, cumplen voluntaria y gratuitamente, el deber de actuar en siniestros, salvatajes, y demás atenciones de emergencia inherentes a los objetivos de la institución y la naturaleza de servicio público que reviste aquella.

Ahora bien, cabe considerar que el artículo 11 de la Ley N° 20.564, ordena:

"Habrá un Registro Nacional de Bomberos Voluntarios que estará a cargo de la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile y en el cual los Cuerpos de Bomberos deberán inscribir a la totalidad de sus integrantes y mantener actualizada mensualmente la información. La inscripción en este registro será obligatoria y requisito necesario para acceder a los beneficios que esta y otras leyes contemplen a favor de bomberos".

De la norma transcrita se advierte que, los voluntarios de bomberos están obligados a inscribirse en un registro nacional -que la institución debe mantener actualizado-, acción que constituye a la vez, un requisito para acceder a los beneficios contemplados por esa u otras leyes.

A modo de ejemplo, el DL N° 1757 de 1977, establece el otorgamiento de prestaciones médicas y pecuniarias, en beneficio de aquellos bomberos accidentados en actos de servicio, para cuyo acceso es requisito estar inscrito en el referido registro 2.

Sin embargo, sobre la base que el artículo 66 ter del Código del Trabajo, contempla en su inciso tercero una especial forma de acreditación de las circunstancias por parte de la Comandancia respectiva, se concluye que para los efectos de esta norma, la inscripción no constituye un requisito de procedencia, considerando además que, por la misma, no se otorgan "beneficios" patrimoniales, sino que se regula el cumplimiento de las prestaciones del contrato de trabajo, o en su caso, del estatuto particular aplicable.

En consecuencia, los efectos de la Ley N° 20.907, se aplican respecto de los trabajadores que cumplen los siguientes requisitos.

1.- Ser trabajador dependiente regido por el Código del Trabajo, o funcionario de alguna institución cuyo estatuto de personal se encuentre regulado por lo dispuesto en las leyes N° 18.834 ó 18.883, y

2.- Ser voluntario del cuerpo de bomberos, que participa en actos de servicio, en emergencias que se verifican durante el período de tiempo que comprende su jornada laboral. La acreditación de esta circunstancia, puede ser solicitada por el empleador a la respectiva Comandancia del Cuerpo de Bomberos.

2.- Efectos de la Ley N° 20.907 de 14.04.2016.

Según se ha observado, la ley en análisis garantiza que los trabajadores y funcionarios que ejercen su voluntariado como bomberos, no vean mermados sus derechos laborales al colaborar en una emergencia.

Teniendo en vista el objetivo precedentemente anotado, la ley confiere a dicho grupo de dependientes, los siguientes derechos:

a.- Facultad para acudir a los llamados de emergencia que ocurran durante su jornada laboral.

b.- Que el tiempo destinado a servir en una emergencia, en su calidad de bombero, sea considerado como trabajado para todos los efectos legales.

c.- Que la salida del lugar del trabajo, en un horario distinto al fijado como límite de su jornada diaria, no pueda ser considerado por su empleador, como intempestiva o injustificada para los efectos de la causal de despido contemplada en el artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo, o bien, como fundamento de una investigación sumaria o sumario administrativo, en su caso.

En síntesis, si bien la salida intempestiva del lugar del trabajo, podría constituir una forma de incumplimiento al contrato de trabajo por parte del dependiente, el nuevo artículo 66 ter del Código del Trabajo, viene en configurar una circunstancia justificante de dicha conducta, y que por tanto, no puede ser objeto de sanción jurídica.

Ordinario N° 0548/011, de 31.01.2017.

La verificación de los incendios forestales o sus consecuencias, podrían dar lugar a que en casos de despidos, se invocara la causal de término contemplada en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, esto es, caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, respecto a dicha causal de término de la relación laboral, la jurisprudencia reiterada y uniforme de este Servicio, contenida de forma principal en los dictámenes N° 1412/21 de 2010 y N° 1922/34 de 2015, permite sostener que, para la correcta y estricta aplicación de la causal de despido contemplada en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, con ocasión de los incendios forestales que recientemente han afectado a una extensa zona del país, deben reunirse copulativamente los siguientes requisitos:

a) que los daños ocurridos en las instalaciones de la empresa se deban causalmente a la verificación de los incendios;

b) que el empleador que invoque esta causal no puede haber contribuido, por acción u omisión, al acaecimiento del incendio o a sus efectos lesivos;

c) que el incendio forestal no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y,

d) que el incendio forestal y sus efectos directos sean irresistibles, esto es, que suponga la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los trabajadores y, por ende, de cumplir con las obligaciones contractuales de la parte empleadora.

Por lo que, la posibilidad para el empleador de invocar la causal de despido contemplada en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, esto es, caso fortuito o fuerza mayor, se reduce a circunstancias excepcionales, de manera restrictiva y cumpliéndose estrictamente los requisitos copulativos consignados en el presente dictamen.

En lo referido al segundo punto a informar, esto es, la situación laboral de los voluntarios del cuerpo de bomberos que concurren a atender una emergencia, este Servicio mediante dictamen N° 2880/51 de 31.05.2016, informó el sentido y alcance de la Ley N° 20.907, que incorporó el artículo 66 ter al Código del Trabajo.

Al efecto, cabe considerar que el artículo 66 ter, dispone:

"Los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo y aquellos regidos por el Estatuto Administrativo contenido en la ley N° 18.834, y por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales contenido en la ley N° 18.883, que se desempeñen adicionalmente como voluntarios del Cuerpo de Bomberos estarán facultados para acudir a llamados de emergencia ante accidentes, incendios u otros siniestros que ocurran durante su jornada laboral.

El tiempo que estos trabajadores destinen a la atención de estas emergencias será considerado como trabajado para todos los efectos legales. El empleador no podrá, en ningún caso, calificar esta salida como intempestiva e injustificada para configurar la causal de abandono de trabajo establecida en

el artículo 160, número 4, letra a), de este Código, o como fundamento de una investigación sumaria o de un sumario administrativo, en su caso.

El empleador podrá solicitar a la Comandancia de Bomberos respectiva la acreditación de la circunstancia señalada en este artículo."

De la cita legal preinserta se infiere que, la norma en análisis, ha pretendido garantizar que aquellos trabajadores que tienen la condición de voluntarios del Cuerpo de Bomberos de Chile, puedan concurrir a las emergencias propias de su voluntariado, sin poner en riesgo su fuente laboral, ni sus remuneraciones.

En virtud de los objetivos formulados, la nueva normativa, por una parte, incide respecto a la jornada laboral, al estimar que el tiempo que el dependiente ha destinado a colaborar en una emergencia, sea considerado como trabajado para todos los efectos legales.

A la vez, consagra que la salida del dependiente del lugar del trabajo, para cumplir su rol de bombero en una emergencia, no se considera como intempestiva o injustificada, ya sea para los efectos de la causal de despido contemplada en el artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo, o bien, como fundamento de una investigación sumaria o sumario administrativo, tratándose de dependientes regidos por el estatuto administrativo contenido en las leyes N° 18.834 ó 18.883.

Con relación a quienes favorece esta norma, cabe atender a lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.564 de 03.02.2012, Ley Marco de los Bomberos de Chile, que señalan:

"Artículo 1°.- Los Cuerpos de Bomberos y la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile constituyen el Sistema Nacional de Bomberos; servicios de utilidad pública, que se rigen por las disposiciones de esta ley, de su reglamento, la de sus estatutos y de leyes especiales, y, en lo no previsto en ellas, por las normas sobre personas jurídicas a que se refiere el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil.

Artículo 2°.- Los Cuerpos de Bomberos integrantes del Sistema Nacional de Bomberos, tendrán por objeto atender, gratuita y voluntariamente, las emergencias causadas por la naturaleza o el ser humano, tales como, incendios, accidentes de tránsito u otras, sin perjuicio de la competencia específica que tengan otros organismos públicos y/o privados".

En virtud de lo anterior, resulta posible puntualizar, que revisten el carácter de Voluntarios del Cuerpo de Bomberos, aquellas personas naturales que integran alguno de los Cuerpos de Bomberos del país, los que encontrándose en condición de activos u honorarios, cumplen voluntaria y gratuitamente, el deber de actuar en siniestros, salvatajes, y demás atenciones de emergencia inherentes a los objetivos de la institución y la naturaleza de servicio público que reviste aquella.

Ahora bien, cabe considerar que el artículo 11 de la Ley N° 20.564, ordena:

"Habrá un Registro Nacional de Bomberos Voluntarios que estará a cargo de la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile y en el cual los Cuerpos de Bomberos deberán inscribir a la totalidad de sus integrantes y mantener actualizada mensualmente la información. La inscripción en este registro será obligatoria y requisito necesario para acceder a los beneficios que esta y otras leyes contemplen a favor de bomberos".

De la norma transcrita se advierte que, los voluntarios de bomberos están obligados a inscribirse en un registro nacional -que la institución debe mantener actualizado-, acción que constituye a la vez, un requisito para acceder a los beneficios contemplados por esa u otras leyes.

Así entonces, se advierte la intención del legislador, en orden que los trabajadores y funcionarios que ejercen su voluntariado como bomberos, no vean mermados sus derechos laborales al colaborar en una emergencia.

Teniendo en vista el objetivo precedentemente anotado, la ley confiere a dicho grupo de dependientes, los siguientes derechos:

a.- Facultad para acudir a los llamados de emergencia que ocurran durante su jornada laboral.

b.- Que el tiempo destinado a servir en una emergencia, en su calidad de bombero, sea considerado como trabajado para todos los efectos legales.

c.- Que la salida del lugar del trabajo, en un horario distinto al fijado como límite de su jornada diaria, no pueda ser considerado por su empleador, como intempestiva o injustificada para los efectos de la causal de despido contemplada en el artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo, o bien, como fundamento de una investigación sumaria o sumario administrativo, en su caso.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y jurisprudencia administrativa invocada, cúmpleme informar que con motivo de los incendios forestales que han afectado a extensas zonas del país, cabe tener presente que:

- 1) Si bien no resulta jurídicamente procedente pronunciarse de forma genérica, sobre si determinada circunstancia, como la ocurrencia de incendios forestales, constituye caso fortuito o fuerza mayor, sí resulta posible informar sobre las condiciones o supuestos necesarios, para invocar dicha causal como motivación para el término de la relación laboral, que se reduce a circunstancias excepcionales, de manera restrictiva y cumpliendo estrictamente los requisitos copulativos consignados en el presente dictamen.*
- 2) Que la legislación laboral garantiza a los voluntarios del Cuerpo de Bomberos que concurren a una emergencia, la protección de su empleo y remuneraciones, por el tiempo necesario para que el bombero atienda la referida emergencia.*

Ordinario Nº 2203, de 09.05.2018:

Respecto a la pregunta Nº 1, Si la condición de voluntario del cuerpo de bomberos debe estar escrita en el contrato de trabajo. El legislador no fijó la obligatoriedad de que el carácter de voluntario del cuerpo de bomberos quedara escriturado en el contrato de trabajo, sin embargo, el empleador se encuentra facultado para verificar tal circunstancia mediante un certificado emitido por el cuerpo de bomberos.

En cuanto a la pregunta Nº 2, si el empleador estaría facultado para negarle al trabajador –voluntario del cuerpo de bomberos– la autorización para concurrir a una emergencia en los casos en que el dependiente ejecuta tareas críticas, o bien implican alterar la continuidad del proceso productivo, o ponen en riesgo la seguridad de las instalaciones.

En este punto, cabe reiterar en primer término que el artículo 66 ter del Código del Trabajo, contiene una circunstancia justificante de la salida intempestiva del lugar de trabajo, cada vez que un voluntario del cuerpo de bomberos acude a atender una emergencia.

Tal justificante, jurídicamente guarda correspondencia con la causal de despido contemplada en el artículo 160 Nº 4. letra a) del Código del Trabajo,

esto es, la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente.

En efecto, tratándose de los voluntarios del cuerpo de bomberos, su salida del lugar del trabajo aun cuando no sea previamente autorizada por el empleador, siempre que sea para atender una emergencia, no revestirá el carácter de intempestiva o justificada, para los efectos de la configuración de la causal de despido.

Sin embargo, la salida del lugar de trabajo de ciertos dependientes y bajo determinadas circunstancias, podría ocasionar consecuencias tales como daño a la propiedad, seguridad de las instalaciones, o daño a la salud de las personas. Por esta razón, no resulta posible estimar que el artículo 66 ter del Código del Trabajo contenga una justificante absoluta que incluso eximiera de responsabilidad frente a un comportamiento negligente o eventualmente doloso.

Por lo anterior, la aplicación de la justificante contemplada en este artículo debe ser analizada considerando las circunstancias fácticas específicas, materia que, según la reiterada jurisprudencia de este Servicio, recae de manera exclusiva en los Tribunales de Justicia.

En cuanto a la pregunta N° 3. ¿Se considera como jornada laboral para trabajadores que acuden como voluntarios de bomberos a emergencias, solo aquella fijada en el contrato de trabajo?

Al respecto cabe considerar lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 66 ter del Código del Trabajo, que prescribe:

“El tiempo que estos trabajadores destinen a la atención de estas emergencias será considerado como trabajado para todos los efectos legales”.

Por su parte, el artículo 21 del Código del Trabajo, considera jornada laboral el tiempo en que el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en virtud del contrato de trabajo, como también, aquel en que se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le son imputables.

Conforme a lo anterior, el tiempo destinado a la atención de emergencias por parte de estos dependientes, se considerará trabajado para todos los efectos legales, en la medida que el siniestro exija su atención en un período

simultáneo con aquel que las partes han pactado para la jornada laboral ordinaria.

Ahora bien, conforme a la naturaleza de las circunstancias reguladas por la norma en análisis, resulta plausible desestimar exigencias relativas al establecimiento de sistemas especiales de registros de asistencia, o supeditar la salida del trabajador a la obtención de autorizaciones previas.

Por el contrario, el trabajador-bombero se encuentra habilitado para concurrir a atender la emergencia, sin aviso previo, ni otra exigencia más que las que deriven de la naturaleza propias de sus funciones y la seguridad de la faena, conforme a los principios expuestos precedentemente (Conforme a este criterio téngase por contestadas las preguntas N° 4 y 5).

Respecto a la pregunta N° 6. ¿Para aspectos de Ley 16.744, un accidente entre lugar de trabajo y acto de servicio es considerado como accidente de trayecto? En el caso de un accidente entre lugar donde pernocta voluntario y cuartel o lugar de emergencia puede ser considerado como accidente del trabajo, si ocurre durante horario de jornada laboral.

Sobre este punto cabe considerar que conforme lo dispone la Ley N° 16.744, se entiende por accidente del trabajo toda lesión que sufra un trabajador a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.

Del concepto anterior deriva que no solamente se califican como accidentes del trabajo aquellas lesiones sufridas en el lugar de trabajo o durante la jornada laboral, lo que da la posibilidad de incluir en tal calificación a los accidentes de trayecto.

Ahora bien, el artículo 66 ter declara que el tiempo destinado a la atención de la emergencia, durante la jornada laboral, se entiende como trabajador para todos los efectos legales, aspecto que debe ser considerado al momento de la calificación jurídica del accidente.

Sin embargo, la materia concerniente a la calificación como accidente laboral de una determinada lesión, está entregada al conocimiento de la Superintendencia de Seguridad Social, razón por lo que esta Dirección debe inhibirse de emitir un pronunciamiento específico en este ámbito.

En cuanto a la pregunta N° 7. ¿Si un trabajador fallece en acto de servicio bomberil, durante la jornada laboral, su término de contrato opera bajo el artículo 159 inciso 3 del Código del Trabajo?

En este punto, cabe considerar que la muerte es un hecho jurídico, y que en el ámbito laboral constituye una causal de término de la relación laboral al tenor de lo dispuesto en el N° 3 del artículo 159 del Código del Trabajo.

Además, para los efectos de definir la causal de término del contrato de trabajo, la ley no distingue sobre las circunstancias o forma en que se produjo la muerte del trabajador.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud., que la Ley N° 20.907 de 14.04.2016, estableció derechos en favor de los trabajadores que además son voluntarios del cuerpo de bomberos, a fin de facilitar su asistencia a la atención de emergencias o catástrofes, limitando la procedencia de descuentos sobre las remuneraciones, o que el cumplimiento de su voluntariado pudiera, bajo ciertas circunstancias, conllevar a su despido.

Ordinario N° 2888/026, de 26.10.2020

Del texto de la norma citada se desprende claramente, que el legislador protege a todos los trabajadores que revisten el carácter de Voluntarios del Cuerpo de Bomberos, es decir, tal como lo ha definido la jurisprudencia administrativa en Dictamen N° 2880/051 de 31.06.2016 "(...) aquellas personas naturales que integran alguno de los Cuerpos de Bomberos del país, los que encontrándose en condición de activos u honorarios, cumplen voluntaria y gratuitamente, el deber de actuar en siniestros, salvatajes, y demás atenciones de emergencia inherentes a los objetivos de la institución y la naturaleza de servicio público que reviste aquella."

De lo anteriormente expuesto, se deriva que los trabajadores que sean voluntarios de los Cuerpos de Bomberos de Chile, gozan de doble protección en cuanto a remuneraciones y estabilidad en el empleo, por cuanto el tiempo necesario para atender las emergencias se considera trabajado para todos los efectos legales, y el acudir a llamados de emergencia durante su jornada laboral, no se calificará como salidas injustificadas o intempestivas que

configuren una causal de despido por abandono de trabajo, ni fundamento para una investigación sumaria o sumario administrativo.

Luego, y en cuanto a la materia planteada por Ud., cumplo con informar que ni el legislador ni la doctrina de este Servicio han establecido un límite temporal para la atención de una emergencia. Para mayor claridad, cabe citar la disposición contenida en el artículo 66 ter del Código del Trabajo, cuya primera parte establece: "El tiempo que estos trabajadores destinen a la atención de estas emergencias será considerado como trabajado para todos los efectos legales." El señalado precepto en ningún caso establece un límite para la atención de una emergencia, y solo hace alusión a que todo el período que utilice el voluntario de Bomberos en atender una emergencia se considerará trabajado.

En cuanto a la calificación de los tipos de emergencia que Ud. plantea, entre incendio o rescate y llamado a acuartelamiento de dotación para afrontar una calamidad o catástrofe, la norma en análisis en la parte final de su primer inciso, prescribe que los trabajadores que sean voluntarios del Cuerpo de Bomberos estarán facultados para acudir a llamados de emergencia ante: "(...) accidentes, incendios u otros siniestros que ocurran durante su jornada laboral", por lo que la correcta intelección nos dice que no se trata de una enumeración taxativa, sino que de modo ejemplar se mencionan los accidentes e incendios, como los hechos aciagos más recurrentes a los que acude Bomberos en su actuar, pero dicha definición en ningún caso excluye a otros tipos de emergencias como puede ser una llamada a acuartelamiento de dotaciones para hacer frente a la emergencia sanitaria que ha provocado el virus Covid-19. Por esta razón, la enumeración que hace el legislador termina señalando: "(...) u otros siniestros que ocurran durante su jornada laboral.", lo que debe ser interpretado en sentido amplio incluyendo a todo tipo de emergencia en que deban actuar los voluntarios del Cuerpo de Bomberos de Chile.

Ahora bien, en este sentido la Ley Marco de los Bomberos de Chile N°20.564, publicada en el Diario Oficial el 03.02.2012, en su artículo 2 regula lo siguiente: "Los Cuerpos de Bomberos integrantes del Sistema Nacional de Bomberos, tendrán por objeto atender, gratuita y voluntariamente, las emergencias causadas por la naturaleza o el ser humano, tales como, incendios, accidentes

de tránsito u otras, sin perjuicio de la competencia específica que tengan otros organismos públicos y/o privados."

De lo anterior fluye, que la enumeración a modo ejemplar de situaciones de emergencia, no es exclusiva del artículo 66 ter del Código del Trabajo, sino que también se encuentra inserta en el artículo 2 de la citada Ley N° 20.564 referida al objeto de su actuación, y conforme al cual las emergencias pueden ser originadas por fenómenos de la naturaleza o por el ser humano. Cabe señalar que, en la historia fidedigna de la Ley N° 20.564, se registra, en el Informe de la Comisión de Bomberos, que los voluntarios: "Están distribuidos en 1.100 compañías de bomberos, organizados para prestar sus servicios voluntarios ante siniestros por incendio, agregando a poco andar, los rescates y salvamentos de personas, debiendo posteriormente asumir la atención de rescates vehiculares, subacuáticos, emergencias con materiales peligrosos y la atención de la población en situaciones de terremotos, inundaciones y otras acciones derivadas de fenómenos de la naturaleza, todo lo cual han realizado con singular rapidez y eficiencia."

Por lo tanto, resulta claro que en ningún caso el legislador ha establecido que los únicos llamados de emergencia que deben ser atendidos por los voluntarios del Cuerpo de Bomberos, estén referidos en forma exclusiva a incendios o accidentes, debiendo incluir también dentro del concepto de emergencia a: "emergencias con materiales peligrosos y la atención de la población en situaciones de terremotos, inundaciones y otras acciones derivadas de fenómenos de la naturaleza."

3. Conclusiones.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a Ud. que:

- 1. No existe limitación, legal respecto a la cantidad de tiempo que deba ser destinado por los voluntarios del Cuerpo de Bomberos a la atención de una emergencia.*
- 2. El concepto de emergencia que contiene el artículo 66 ter del Código del Trabajo, no está limitado solamente a incendios o accidentes, sino que también incluye a todos los siniestros en que sea necesaria la actuación de los voluntarios del Cuerpo de Bomberos, ya sea que tengan su origen en el ser*

humano o en un fenómeno de la naturaleza, y por tanto, el deber de acudir a un llamado de emergencia, abarca a todo el siniestro que deba atender Bomberos de Chile, incluyendo eventuales acuartelamientos de la dotación para afrontar una emergencia sanitaria.

Permiso especial ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3659/072, de 13.09.2011:

1) No resulta jurídicamente procedente que los exámenes médicos ocupacionales de desempeño en altura geográfica se realicen en días de descanso del trabajador, toda vez que ello implica una vulneración de las normas que regulan tal derecho. Con todo, aquellos que se hubieren efectuado en días de descanso del trabajador, no generan horas extraordinarias, sin perjuicio de lo señalado en el presente dictamen.

2) Lo expresado en el punto anterior no podría verse alterado por la circunstancia que exista autorizado en la correspondiente faena un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descanso, en virtud del artículo 38 del Código del Trabajo.

Los permisos de mutuo acuerdo entre las partes

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3222/0158, de 22.08.2001:

"Ahora bien, se infiere de esta relación de disposiciones legales, que nuestro ordenamiento jurídico no contempla el derecho a permisos específicos que permitan al dependiente concurrir a consultas médicas, y por tanto, tampoco el empleador se encuentra en la obligación correlativa de concederlos. Nada impide, sin embargo, que las partes de la relación laboral, libremente y por mutuo acuerdo, concuerden permisos de origen convencional destinados a éstos u otros fines, los cuales, por lo demás, los contempla expresamente el inciso 4º del artículo 32 del Código del Trabajo, al precisar que "No serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación haya sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizada por el empleador".

En consecuencia, sobre la base de las normas legales precedentes, cúmpleme manifestar a Uds. que el empleador no se encuentra obligado a conceder a sus

dependientes permisos especiales para concurrir a consultas médicas, sin perjuicio que por mutuo acuerdo de trabajador y empleador puedan concordarse éstos, sus términos, condiciones y formas de compensación."

Ordinario N° 3765/175, de 27.06.1994:

En efecto, un permiso sin goce de remuneraciones constituye una suspensión del contrato de trabajo, y esta suspensión, según el contratista español Eugenio Pérez Botija, es "el cese parcial de los efectos del contrato durante un cierto tiempo, volviendo a tener plena eficacia jurídica una vez desaparecidas las circunstancias que motivaron la interrupción" ("Curso de Derecho del Trabajo", pág. 265).

En relación con esta misma materia el tratadista uruguayo Américo Plá Rodríguez, agrega que durante la suspensión "el contrato de trabajo sobrevive, lo que ocurre es que durante cierto tiempo no produce sus efectos principales o mejor dicho se suspenden los efectos principales del contrato para ambas partes (la obligación de prestar servicios en el trabajador, la obligación de pagar el salario en el empleador) sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos". ("Los Principios del Derecho del Trabajo", pág. 175).

Ahora bien, si se considera que un reajuste es accesorio a la remuneración, es preciso convenir, de acuerdo al aforismo jurídico que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, que si el empleador está convencionalmente exonerado de pagar remuneración, tampoco está obligado a pagar los incrementos de ella que puedan haberse concedido en el contrato individual o en un instrumento colectivo en tanto subsista la suspensión de la relación laboral.

Ordinario N° 2358, de 01.06.2017:

De esta manera, el contrato individual de trabajo es un acto jurídico bilateral que impone obligaciones recíprocas para ambas partes, que se traducen principalmente en lo siguiente: para el empleador, proporcionar el trabajo convenido en el contrato de trabajo como también pagar una remuneración determinada y, para el trabajador, prestar los servicios para los cuales fue contratado, dentro del horario y jornada acordada, ciñéndose a las instrucciones, pautas y orientaciones de su empleador.

De esta forma, el contrato individual trabajo no solo involucra el cumplimiento de ciertas obligaciones sino también el ejercicio de ciertos derechos, que se hacen valer durante el período de vigencia de la relación contractual, vínculo laboral que en algunos casos se suspende con la ocurrencia de ciertos sucesos, tales como el otorgamiento de una licencia médica, el descanso pre y post natal, la huelga, los permisos contemplados en el Código del Trabajo para los trabajadores, períodos en que la relación laboral se suspende en los términos descritos en la propia norma.

Sin perjuicio de lo expuesto, y pese al hecho de no encontrarse reglamentando en el Código del Trabajo, las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden acordar la suspensión de la relación laboral a través de los permisos otorgados por empleador, con o sin derecho a remuneración.

Conforme lo señala la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en dictamen nro. 477/031 de 25.01.1999, "la suspensión de la relación laboral no tiene un tratamiento sistemático en nuestro ordenamiento jurídico, sino que ella fluye del contenido general de la legislación y de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que la han tratado, conforme a los cuales cabe distinguir, según sea la fuente que la origina, entre suspensión legal y convencional.

Entre los casos de suspensión legal pueden citarse el descaso maternal, la licencia médica, el descanso anual, etc. y entre los de suspensión convencional, los permisos otorgados por el empleador, sean con o sin derecho a goce de remuneraciones".

Agrega el referido pronunciamiento que "la figura jurídica de la suspensión ha sido conceptualizada por la doctrina nacional como la cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración, en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato, subsistiendo el vínculo contractual (W. Thayer y P. Novoa, Manual de Derecho del Trabajo, 3° edición, Editorial Jurídica)"

En ese contexto, la suspensión convencional de la relación laboral ha sido concebida como una cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o bien de pagar la remuneración o bien de ambos a la vez, impuesta en el contrato de trabajo subsistiendo el vínculo contractual, acuerdos que en ningún caso pueden importar la transgresión de los derechos reconocidos por la legislación laboral ni menos una vulneración de los principios que inspiran las relaciones de trabajo, en particular, del principio de ajenidad, que se

manifiesta en el hecho que los trabajadores que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo desempeñan sus funciones por cuenta de otro, es decir, por cuenta ajena, lo que implica insertarse en una organización que no les es propia cuya titularidad corresponde a empleador. Así, lo que el trabajador produce se incorpora a la empresa, siendo esta última quien se beneficia de sus resultados. Como correlato de lo anterior, es decir, que el trabajador tan solo presta los servicios a cambio de una remuneración determinada, los riesgos vinculados a la prestación de los servicios y al proceso productivo mismo, corresponden al empleador.

En el caso que nos ocupa, la suspensión convencional de la relación laboral se manifestó a través de la suscripción de permisos con goce de remuneraciones, documentos que en la cláusula denominada Cumplimiento de Obligaciones, consignaban que "durante este período el trabajador percibirá íntegramente sus remuneraciones, manteniendo vigentes todos los beneficios otorgados por la empresa"

De esta forma, de la redacción del documento se desprende que el permiso con goce de remuneraciones importaba mantener indemne sus remuneraciones y los demás beneficios otorgados por la empresa, lo que implica respetar las condiciones remuneracionales del trabajador, pactadas en sus respectivos contratos individuales o colectivos de trabajo.

Lo anterior resulta corroborado por el empleador, quien reconoce que el sentido del acuerdo celebrado con la organización sindical era proteger a un grupo de trabajadoras afectas a fuero maternal, quienes mantendrían la calidad de trabajadores pese a no desempeñar funciones efectivas durante el período de fuero, percibiendo íntegramente sus remuneraciones, incluyendo el promedio de las comisiones o remuneraciones variables, asignación de colación y movilización, y bono de asistencia y puntualidad.

En ese contexto, la medida adoptada por la empresa, dictada en uso de sus facultades de administración y dirección, que se tradujo en el cierre de locales y la desvinculación de una gran cantidad de trabajadores, no pudo afectar la situación contractual de las trabajadoras afectas a fuero maternal ni menos significar que la celebración de permisos con goce de remuneraciones, que liberaban a las trabajadoras de prestar servicios efectivos, pudiera implicar un detrimento o menoscabo en sus remuneraciones máxime si el hecho de no poder prestar servicios en sus lugares de trabajo, conforme se señalara

precedentemente se debió a una decisión propia del empleador, en ejercicio de sus facultades de administración y gestión.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, el acuerdo celebrado por las partes, que liberaba a la trabajadora amparada por fuero maternal de prestar servicios durante el período que durara dicha protección legal, implica percibir íntegramente sus remuneraciones, incluido el bono de asistencia y puntualidad.

Permiso por nacimiento de hijo

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 4052/083, 17.10.2011:

Al respecto, cabe destacar que la nueva disposición que regula la materia importa un mejoramiento del beneficio de permiso por nacimiento de un hijo que la misma contempla, por cuanto se le otorga al padre que se encuentra en proceso de adopción, a diferencia de la anterior que establecía que el referido permiso se otorgaba al padre al que se le hubiere concedido la adopción, contándose el beneficio en este caso, desde la respectiva sentencia definitiva.

En efecto, la nueva disposición resulta aplicable a los padres que hayan comenzado un proceso de adopción, los cuales gozarán de este permiso a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal del menor.

Ordinario Nº 0597/09, de 03.02.2006:

“El permiso que establece la Ley Nº 20.047 no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá a cinco días por tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo”.

Ordinario Nº 0864/010, de 16.02.2011:

De la disposición legal preinserta se colige que el padre trabajador en caso de nacimiento de un hijo tiene derecho a un permiso paternal, pudiendo, a su elección, optar por una de las siguientes alternativas:

a) Utilizar el permiso desde el momento del parto.

En este evento, y por expreso mandato del legislador, los cinco días de permiso pagado deberán utilizarse de forma continua, esto es, sin

interrupciones, salvo naturalmente aquellas que derivan de la existencia de días de descanso semanal que pudieren incidir en el período.

Así, y a vía de ejemplo, si el trabajador está afecto a una jornada laboral distribuida de lunes a viernes y el parto ocurre un día jueves, no podrán computarse como días de permiso el sábado y domingo siguientes, por cuanto, conforme a la distribución de la jornada semanal a que se encuentra afecto, en tales días se encuentra liberado de la obligación de prestar servicios.

Tratándose de trabajadores exceptuados del descanso dominical y de días festivos en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, el permiso de que se trata deberá computarse considerando los días domingo y festivos toda vez que para ellos, por regla general, éstos constituyen días laborables, pero excluyendo de dicho cómputo los días de descanso compensatorio que les corresponda en conformidad a dicha norma. De este modo, si como en el ejemplo propuesto el nacimiento ocurre un día jueves y la jornada semanal del trabajador se encuentra distribuida de martes a domingo, descansando un día lunes, éste último no podrá considerarse como día de permiso para los señalados efectos.

b) Utilizar el mencionado permiso dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

En este caso, el trabajador podrá distribuir los cinco días que comprende el permiso en las oportunidades que estime pertinentes, sea en forma continua o fraccionada, siempre que los mismos se hagan efectivos en el referido período mensual.

Al respecto es necesario precisar que acorde a las reglas de interpretación de la ley analizadas en la letra a) precedente la expresión “mes” a que alude el mencionado precepto debe ser entendida en su sentido natural y obvio, esto es, conforme al significado que le da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual lo define como “conjunto de días consecutivos desde uno señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente”.

De esta suerte, a vía de ejemplo, si el nacimiento se produce el 15 de septiembre, los cinco días de permiso podrán ejercerse en el período comprendido entre el día 16 de dicho mes y el 16 de octubre, resultando

aplicables las reglas sobre cómputo del beneficio establecidas en el punto a) precedente.

Ordinario N° 3827/0103, de 02.09.2005:

"A partir del 2 de septiembre de 2005, el padre tiene derecho a cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, el cual debe hacerse efectivo exclusivamente en aquellos días en que se encuentra distribuida la respectiva jornada laboral, no procediendo, por ende, considerar para estos efectos los días en que le corresponde hacer uso de su descanso semanal, sea éste legal o convencional.

El aludido permiso, a elección del padre, podrá utilizarse desde el momento del parto, y en este evento, por expreso mandato del legislador, los cinco días que éste comprende deberán impetrarse en forma continua, esto es, sin interrupciones, salvo las que derivan de la existencia de días de descanso semanal, que pudieran incidir en el período.

Si el padre no opta por la alternativa señalada en el punto precedente, podrá hacer uso de los cinco días de permiso dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento, estando facultado para distribuirlos como estime conveniente, sea en forma continua o fraccionada".

Licencia médica, período en el cual puede hacer uso del permiso

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0597/09 de 03.02.2006:

"En el evento de que a la fecha del nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede el trabajador beneficiario hubiere estado acogido a licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido permiso".

Situación de trabajadores con contrato de plazo fijo u obra o faena

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0597/09 de 03.02.2006:

"El uso del señalado permiso por parte de un trabajador sujeto a un contrato de plazo fijo cuya vigencia expira durante el lapso que éste comprende, no produce el efecto, de mantener vigente la respectiva relación laboral, pudiendo el empleador poner término a ésta por la causal prevista en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo".

Obligación de solicitar el permiso al empleador

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0597/09 de 03.02.2006:

"El carácter de "permiso" que presenta el beneficio que nos ocupa implica que el trabajador debe solicitarlo a su empleador o a quien lo represente, no pudiendo éstos condicionar o negar tal petición.

El permiso en comento constituye un derecho de carácter irrenunciable, lo cual obliga al empleador a otorgarlo dando todas las facilidades necesarias para su oportuno y debido ejercicio".

Trabajadores contratados a tiempo parcial

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4680/086, de 25.11.2008:

"La norma contenida en el inciso 2º del artículo 195 del Código del Trabajo, sobre descanso paternal, es aplicable a los trabajadores contratados con jornada a tiempo parcial, de manera que los mismos, al igual que aquellos contratados con jornada completa, tienen derecho a cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, los que deben hacerse efectivos en aquellos días en que se encuentra distribuida su respectiva jornada laboral."

Imputación de los días de permiso del artículo 195 del código del trabajo a beneficios contractuales:

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0325/0024, de 24.01.2000:

En efecto, el contrato colectivo que rigió a las partes entre el 12 de diciembre de 1996 y el 11 de diciembre de 1998, en su cláusula novena, párrafo primero, establecía:

La empresa pagará a cada trabajador una Asignación de Natalidad equivalente a \$ 14.000.- por cada hijo que nazca previa presentación del certificado de nacimiento del Registro Civil e Identificación, además se otorgará el día de permiso legal el que será considerado como trabajado para todos los efectos legales".

De los términos de la estipulación precedentemente anotada se desprende claramente que las partes pactaron que, además del beneficio en dinero que a causa del nacimiento de un hijo correspondía a los involucrados en

conformidad a la misma, estos tendrían derecho a gozar del permiso que por la misma causa establece la ley, esto es, a un día por tal concepto.

Conforme a lo anterior, no cabe sino concluir que el permiso que se establecía en el aludido contrato colectivo no era adicional al legal, sino imputable a éste.

En otros términos, el beneficio pactado en la referida norma convencional no generaba para las trabajadoras con derecho a él, un permiso diferente al consagrado por nuestro ordenamiento jurídico laboral, de suerte tal que estos solo pudieron impetrar un solo día de permiso por dicha causa, modalidad esta que, como se expresara, ha sido la que se ha utilizado para conceder el beneficio que nos ocupa bajo la vigencia del instrumento colectivo que actualmente rige a las partes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que el beneficio pactado en la cláusula XII del contrato colectivo vigente, celebrado entre la empresa S.A. y el Sindicato de trabajadoras allí constituido, consistente en un día de permiso por nacimiento de un hijo, es imputable al que por la misma causa establece, al que por la misma causa establece la ley, no resultando procedente, por ende, que los trabajadores exijan la concesión de aquél, en forma adicional al legal.

Ordinario N° 5781/133, de 21/12/2005:

1. Los permisos que establecen los artículos 66 y 195, inciso 2º, del Código del Trabajo, pueden imputarse a aquellos pactados en instrumentos colectivos de trabajo, en la medida que éstos representen para los respectivos trabajadores beneficios superiores a aquellos previstos en la ley.

2. Sin perjuicio de lo señalado en el punto precedente, en el evento que la cláusula convencional correspondiente no permitiera establecer fehacientemente cual fue la intención de las partes al establecer el beneficio del permiso paternal, sería necesario recurrir, para los efectos de precisar el verdadero sentido y alcance de la misma, a los elementos de interpretación de los contratos que contempla la normativa que regula la materia, específicamente al previsto en el artículo 1564, inciso final del Código Civil, conocido doctrinariamente como “regla de la conducta”.

3. La interpretación general establecida en el cuerpo del presente informe, no resulta aplicable en el evento que las partes hubieren convenido expresamente

que el beneficio de descanso paternal contenido en la cláusula contractual respectiva sería entregado independientemente de los beneficios legales establecidos sobre la materia.

Permiso por matrimonio y acuerdo unión civil

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 466, de 27.01.2017.

Para determinar los efectos que, en cuanto al tiempo, produce un dictamen de este Servicio, es necesario estar a lo dispuesto en el Dictamen N° 1669/67 de 13.03.1995, el cual señala que se debe distinguir entre aquellos dictámenes que, interpretando la legislación laboral, producen un efecto meramente declarativo, de aquellos que, reconsiderándolos, traen como consecuencia la revocación de la doctrina contenida en éstos.

Precisada esta distinción, es útil tener presente, en primer término, el principio general de la irretroactividad de la ley, contenido en el artículo 9° del Código Civil, según el cual la ley sólo puede disponer para lo futuro, agregando que ésta no tendrá jamás efecto retroactivo.

Ahora bien, este principio general rige también en el campo del derecho administrativo y se traduce en que los actos de la administración sólo pueden disponer para lo futuro, no pudiendo regular situaciones pretéritas.

No obstante lo anterior, tratándose de pronunciamientos meramente declarativos, esto es, de aquellos que fijan el verdadero sentido y alcance de una disposición legal, en la especie, de índole laboral, es del caso señalar que éstos, por su naturaleza, no originan derechos para regir en el futuro, sino que se limitan a reconocer uno ya existente, de suerte que el titular de éste podrá impetrarlo desde el momento en que cumplió los requisitos que, para disfrutar del beneficio respectivo, exige la ley interpretada, y en tanto no prescriba la acción correspondiente.

Esta excepción al principio general de la irretroactividad de los actos administrativos ha sido reconocida por la doctrina administrativa "aceptando la eficacia ex-tunc de determinados " actos que -según sostiene- por su propia naturaleza son " retroactivos".

De esta manera entonces, es dable afirmar que los actos administrativos analizados, por su naturaleza, producen efectos retroactivos pudiendo regular hechos acaecidos con anterioridad a su emisión.

Distinta es la solución tratándose de aquellos dictámenes que no obstante ser, por su naturaleza, declarativos, reconsideran uno anterior, caso en el cual resulta plenamente aplicable al principio ya tantas veces citado de la irretroactividad de los actos administrativos, esto es, sólo pueden disponer para lo futuro, no afectando situaciones pasadas.

El fundamento de esta tesis radica en que las situaciones acaecidas con anterioridad a su vigencia se constituyeron válidamente bajo el imperio de una doctrina emanada del órgano administrativo competente; en otros términos, no resulta factible desconocer la validez de las actuaciones que terceros realizaron ajustándose a lo establecido por la doctrina reconsiderada, toda vez que ello pugnaría con el principio de la certeza que debe inspirar las actuaciones administrativas.

En estas circunstancias, cuando entre un primitivo pronunciamiento y otro posterior hubiese oposición contraria a los intereses de las personas que se hubiesen acogido de buena fe al primero de dichos pareceres, dable es afirmar que el dictamen revocatorio sólo produciría efectos desde la fecha de su emisión, quedando a salvo, de consiguiente, los derechos otorgados en virtud de aquel.

En la especie, mediante el ordinario por el cual se consulta se reconsideró la doctrina contenida en ordinario N° 5254, de 15.10.2015, que señaló que la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil no incorporó modificaciones al artículo 207 bis del Código del Trabajo que consagra el permiso por matrimonio, por lo que no se contempla este permiso para quienes celebren el Acuerdo de Unión Civil.

Por lo tanto, aplicando lo expuesto en párrafos precedentes al caso en análisis, posible resulta sostener que la nueva doctrina de este Servicio sobre la materia, contenida en el aludido ordinario N° 2888, no puede ser aplicada a un período anterior al 31 de mayo de 2016, fecha en que fue evacuado por este Servicio, toda vez que a su respecto rige plenamente el ya referido principio de la no retroactividad de los actos administrativos.

De consiguiente, si usted contrajo el Acuerdo de Unión Civil el 20.11.2015, le era aplicable en ese momento lo estipulado en el ordinario N° 5254, de 15.10.2015, por lo que no resulta procedente, invocar el ordinario N° 2888 de 31.05.2016, con el objeto de solicitar dicho beneficio, de acuerdo a los argumentos otorgados en el presente informe.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales aludidas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que la doctrina contenida en el ordinario N° 2888 de 31.05.2016 de este Servicio, mediante la cual se revoca el ordinario N° 5254, de 15.10.2015, sólo resulta aplicable a partir del 31 de mayo de 2016.

Ordinario N° 4940, de 05.10.2016.

Merece considerar que el suscrito, mediante Ord. N° 2888 de 31.05.2016 (disponible en www.dt.gob.cl/legislación/), se ha pronunciado sobre la aplicación del permiso por matrimonio establecido en el artículo 207 bis del estatuto laboral a los trabajadores contrayentes del acuerdo de unión civil, sosteniendo, entre otros fundamentos, lo siguiente:

"(...), la Ley 20.830, eleva el acuerdo de unión civil a un estatus diverso al de los contratos que otorgan cotidianamente las personas, desde que con él las partes formalizan su vida en común, la conformación estable del hogar, generando un nuevo estado civil, una relación de parentesco entre ellos y con las respectivas familias, así como una serie de derechos y obligaciones personales y patrimoniales".

Asimismo, el citado pronunciamiento, luego de aludir a diversos preceptos de la Ley 20.830 que refieren a la relevancia del nuevo instituto y a los elementos comunes entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil, afirma que "de las normas anotadas se desprende con claridad, primero, la significación y trascendencia que el legislador le ha asignado al acuerdo de unión civil y, segundo, las concordancias con la institución matrimonial, todo lo cual, al menos para la aplicación del beneficio establecido en el artículo 207 bis del Código del Trabajo, permitiría tener por asimiladas ambas convenciones."

De esta manera, conforme al criterio argumental vertido en la mentada doctrina, no puede sino concluirse que limitar el pago del bono por matrimonio a los trabajadores que celebren el contrato establecido en el artículo 102 del Código Civil, excluyendo a los contrayentes del acuerdo de unión civil, pugna con los derechos que la Constitución asegura a todas las personas en los numerales 2° y 16° de su artículo 19, que, en lo medular, elevan la igualdad de trato y la garantía de no discriminación arbitraria -y su faz de no discriminación laboral- al estatus de derechos fundamentales que ni la autoridad ni el particular pueden conculcar.

En consecuencia, atendido lo expuesto, forzoso es sostener que el beneficio contemplado en la cláusula décimo sexta del contrato colectivo de 01.05.2015, en lo relativo al día adicional de permiso y al pago de asignación especial de \$80.000.- por matrimonio del trabajador, se extiende al dependiente que, siendo beneficiario del aludido instrumento, otorga el acuerdo de unión civil regulado en la Ley 20.830.

Con todo, pertinente es precisar que, asimilándose para estos efectos el acuerdo de unión civil con el instituto matrimonial y pudiendo los convivientes civiles celebrar posteriormente el contrato de matrimonio -artículo 26 c) de la Ley 20.830-, no corresponde, salvo acuerdo válido, que el trabajador que ha recibido el permiso y el bono por haber otorgado el acuerdo de unión civil, exija por segunda vez el beneficio, ahora por contraer matrimonio, por cuanto ello significaría introducir un trato diferenciado, sin justificación, que, como ya se ha dicho, es contrario a las bases que informan el ordenamiento jurídico.

Ordinario Nº 2888, de 31.05.2016.

Actuando dentro de las atribuciones que confiere el ordenamiento jurídico, téngase por reconsiderado el Ord. Nº 5254 de 15.10.2015 de la autoridad que suscribe, correspondiendo concluir que el permiso por matrimonio que consagra el artículo 207 bis del Código del Trabajo -incorporado por la Ley 20.764-, es aplicable al trabajador o trabajadora que otorga el Acuerdo de Unión Civil conforme a la Ley 20.830, por las razones desarrolladas en este informe.

La conclusión antedicha cabe ser entendida sin perjuicio de los permisos que convencionalmente se hayan entregado por este motivo, los que corresponde estimar imputados al beneficio legal en comento.

Ordinario 3342/048, 01.09.2014

La nueva disposición establece un permiso pagado de cinco días hábiles y continuos para las trabajadoras y los trabajadores que contraigan matrimonio, adicionales a los días a que tienen derecho por feriado anual y con prescindencia de su tiempo de permanencia en la empresa.

Ordinario Nº 5254, de 15.10.2015.

La ley que crea el Acuerdo de Unión Civil no incorporó modificaciones al actual artículo 207 bis del Código del Trabajo que consagra el permiso por

matrimonio, por lo que no se contempla este permiso para quienes celebren el Acuerdo de Unión Civil; no obstante, cabe sostener que ello no impide que las partes del contrato laboral, mediante pacto individual o colectivo, amplíen el referido beneficio a los trabajadores que opten por celebrar el acuerdo de unión civil, sin perjuicio de la proposición de reforma legal que formule esta Dirección en los términos ya explicados.

Ordinario Nº 5845/132, de 04.12.2017

1. Contenido del derecho.

Es un derecho de fuente legal que se enmarca dentro de las prerrogativas laborales consagradas en el Título II “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, del Libro II “De la protección a los trabajadores”, del Código del Trabajo, en cuya virtud el trabajador o trabajadora que contrae matrimonio o que otorgue acuerdo de unión civil, podrá gozar de un descanso de cinco días hábiles continuos, adicionales al feriado anual, con derecho a remuneración íntegra, con independencia del tiempo de servicio.

Conforme a lo anterior, se trata de un beneficio legal para todo trabajador o trabajadora que celebre alguno de estos actos: el matrimonio contemplado en el artículo 102 del Código Civil o el acuerdo de unión civil regulado en la Ley 20.830.

A su vez, consiste en un permiso o descanso pagado, es decir, para efectos remuneracionales, resulta improcedente la deducción de los días por los cuales se extiende, debiendo el empleador pagar la totalidad de los emolumentos del periodo.

Del mismo modo, no obstante tener la denominación de permiso, el empleador no puede negarlo si él o la dependiente beneficiario ha cumplido con los requisitos y formalidades que exige el precepto anotado, así tampoco puede condicionarlo o limitarlo en su extensión.

En relación con esta última observación, necesario es reafirmar el criterio sostenido en el citado Ord .3342/048, a saber, que el permiso de la especie tiene carácter irrenunciable, razón por la cual las partes no están habilitadas para pactar estipulaciones que lo eliminen o disminuyan, mientras subsista el contrato de trabajo.

Ordinario 3342/048, 01.09.2014

Oportunidad para hacer uso del beneficio.

El trabajador podrá gozar del permiso referido a su elección, el día de la celebración de su matrimonio y optar entre los días inmediatamente anteriores o posteriores a dicha fecha.

Cabe señalar que el permiso en estudio no se puede ejercer en un momento distinto al fijado por el legislador, ni fraccionarse.

Cómputo.

La norma legal en estudio señala que el plazo de cinco días de permiso es de días hábiles, razón por la cual, para su cómputo se excluyen los domingos y festivos a que haya lugar dentro del período elegido por el trabajador. Cabe agregar además, que atendido que la norma en estudio dispone que los días de permiso por matrimonio son adicionales a los días de feriado legal, para efectos de su cálculo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 69 del Código del Trabajo, en cuya virtud el día sábado se considera siempre inhábil.

Ordinario Nº 5845/132, de 04.12.2017

2. Oportunidad para hacer uso del beneficio.

Conforme al mandato legal, se puede hacer uso del descanso el día del matrimonio o acuerdo de unión civil y en los días inmediatamente anteriores o posteriores a dicha fecha, a elección del trabajador.

Es decir, el trabajador puede disponer de los cinco días hábiles en tanto den lugar a un lapso continuo, dentro del cual ha de estar el día en que se otorga el matrimonio o el acuerdo de unión civil, no siendo procedente gozar del referido permiso en un momento distinto al fijado por el legislador, ni su fraccionamiento, aun cuando así lo pacten las partes.

3. Forma de contabilizar los días de permiso.

Siguiendo el criterio sostenido por esta Dirección en el aludido Ord. Nº 3342/048, cabe destacar que, atendido que el plazo de cinco días de permiso es de días hábiles, para su cómputo corresponde excluir los días domingo y festivos eventualmente contenidos dentro del período elegido por el trabajador, y además, por tratarse de un descanso que tiene como particularidad ser “adicional al feriado anual”, resulta aplicable el artículo 69 del Código del Trabajo que prescribe que “Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil”.

De esta manera, al momento de contabilizar los días de permiso a que tiene derecho el trabajador debe tenerse presente que los días sábados, domingos y festivos son días inhábiles para estos efectos.

Ordinario N° 999, de 20.02.2018:

De la disposición legal citada se infiere que el legislador ha otorgado un permiso pagado de cinco días hábiles continuos, adicionales al feriado anual, a todo trabajador o trabajadora que contraiga matrimonio o suscriba un acuerdo de unión civil.

Ahora bien, tratándose de la legalización de un matrimonio celebrado en el extranjero, cabe señalar que ello no puede ser invocado para acceder al permiso en cuestión, toda vez que la legalización corresponde a un trámite cuya finalidad es que el matrimonio produzca efectos y sea reconocido para todos los efectos legales, situación que dista con alguno de los actos señalados en la ley, esto es, la celebración del matrimonio o la suscripción del acuerdo de unión civil regulado en la ley N° 20.830.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el precepto legal, el beneficio debe hacerse efectivo en los días inmediatamente anteriores o posteriores al matrimonio o acuerdo de unión civil, incluido dicho día en el período que abarca el descanso.

En igual sentido, cabe destacar que de acuerdo a la historia de la ley, el espíritu que inspiró al legislador, al momento de estatuir el permiso en estudio ha sido permitir a los trabajadores “gozar de un tiempo mínimo necesario para preparar y celebrar su matrimonio, momento de importancia fundamental para buena parte de las familias de nuestro país”.

Lo sostenido precedentemente, fuerza a concluir que el permiso en cuestión existe en función del evento respectivo –matrimonio o acuerdo de unión civil–, festividad que en la hipótesis planteada, ya aconteció, no resultando posible extender el beneficio a un trámite cuya finalidad no se condice con la prevista en la ley.

Formalidades en la utilización.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario 4.638, de 24.11.2014

Ahora bien, respecto de sus consultas, referentes al permiso por matrimonio no analizadas en los pronunciamientos jurídicos señalados, acerca de si el plazo de 30 días de anticipación con que el trabajador debe comunicar al empleador la celebración de la ceremonia para hacer uso del beneficio es de días hábiles o corridos, cumplo con informar a Ud., que el artículo 50 del Código Civil, sobre la materia, establece:

“En los plazos que se señalaren en las leyes o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados.”

De la norma legal transcrita precedentemente, es posible concluir, que el referido plazo es de días corridos, al igual que el plazo de 30 días, otorgado al trabajador para presentar el certificado del Servicio de Registro Civil e Identificación a su empleador.

Ordinario 3342/048, 01.09.2014:

El legislador establece que para ejercer el permiso en que nos ocupa, el trabajador y la trabajadora deberá comunicar a su empleador que harán uso del mismo con una antelación de treinta días a la celebración de su matrimonio y posteriormente dentro del mismo plazo, deberán presentar a su respectivo empleador el certificado de matrimonio correspondiente, expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Sobre el particular, cabe hacer notar, que la ley N° 20.764 no establece un plazo especial de vigencia del beneficio de que se trata, de modo tal que considerando lo previsto en el artículo 7, inciso 2° del Código Civil, posible es convenir que éste rige a contar del 18 de julio de 2014, fecha de publicación en el diario oficial de la ley en estudio.

La circunstancia anotada en el acápite anterior, permite sostener que respecto de los trabajadores que contraigan matrimonio durante los treinta días siguientes a la fecha de que el permiso por matrimonio ha entrado en vigor, esto es el 18 de julio de 2014, igualmente tendrán derecho a dicho beneficio, por cuanto la exigencia de comunicar a su empleador la celebración de su

matrimonio en el plazo previsto se torna imposible, por lo que en opinión de este Servicio, deberán efectuar dicha comunicación con la anticipación que les permita los días faltantes para la celebración de la ceremonia.

A igual conclusión que la del párrafo anterior se llega, si aplicamos la regla de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, conforme a la cual los pasajes oscuros o contradictorios de ésta se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Este último concepto entendido como el “sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana”.

Sostener lo contrario, implicaría, además, la negación del derecho al trabajador de hacer uso del permiso, lo que no tuvo en vista el legislador al momento de la dictación de la ley.

En relación a si existe alguna limitación en cuanto a las oportunidades en que el permiso podría ser utilizado por el trabajador o la trabajadora mientras subsista el vínculo laboral, en caso de contraer nuevas nupcias, cabe informar que al recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley en estudio, fue posible verificar que el espíritu del legislador es que el derecho pueda ejercerse cada vez que el dependiente contraiga matrimonio y cumpla con los requisitos establecidos al efecto.

Ordinario N° 5845/132, de 04.12.2017

4. Requisitos formales para acceder al permiso.

Como elemento previo, merece indicar que el trabajador tiene derecho a este beneficio cualquiera sea el tiempo que lleve prestando servicios en la respectiva empresa. Es decir, la data de la relación laboral deviene irrelevante para acceder al derecho en comento, a diferencia de lo que ocurre con el feriado anual consagrado en el artículo 67 del Código del Trabajo.

Ahora bien, el citado artículo 207 bis establece que, para hacer uso del permiso, el trabajador deberá cumplir con el siguiente procedimiento:

a) comunicar al empleador, con treinta días de antelación al evento, que utilizará el permiso establecido en el citado precepto.

b) presentar al empleador el correspondiente certificado de matrimonio o de acuerdo de unión civil, expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de los treinta días siguientes al respectivo evento.

Procedencia del permiso en caso de matrimonio religioso

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario 3342/048, 01.09.2014

Cabe puntualizar que la nueva normativa, no distingue si la ceremonia de matrimonio a la que se refiere el permiso es la celebrada ante el Oficial de Registro Civil, contemplada en el artículo 17 de la ley N° 19947, publicada en el diario oficial del 17 de mayo de 2004, o el matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público regulado en el artículo 20, del mismo cuerpo legal.

Al respecto, cabe señalar que de cumplirse el requisito de inscripción ante el Oficial de Registro Civil del matrimonio celebrado ante entidades religiosas de derecho público, en el plazo de ocho días desde la ceremonia y al tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil, éste produce los mismos efectos que el matrimonio civil, entregándose en el acto de inscripción, el certificado respectivo a los contrayentes.

De este modo aplicando el aforismo jurídico que señala que “donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir”, posible es sostener, que el nuevo permiso beneficia a las trabajadoras y a los trabajadores que opten por contraer matrimonio civil, así como ante entidades religiosas de derecho público debidamente inscrito y que cumpla con las formalidades legales establecidas al efecto.

Sanciones para el trabajador que no acredita la efectividad del matrimonio

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario 4.638, de 24.11.2014

Asimismo, respecto de la procedencia de sancionar al trabajador por la falta de presentación del certificado de matrimonio emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, porque el matrimonio no se hubiere celebrado u otra causa, en opinión del suscrito, habría que analizar caso a caso, pudiendo proceder eventualmente, el descuento de los días no laborados por inasistencia injustificada del trabajador o trabajadora.

Imputación de los días de permiso a beneficios contractuales

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario 3342/048, 01.09.2014:

El artículo transitorio de la ley N° 20.764, dispone:

“Los días de permiso por matrimonio del trabajador, pactados individual o colectivamente a la fecha de publicación de esta ley, serán imputables a los contemplados en el artículo 207 bis del Código del Trabajo.”

Del precepto legal transcrito, se infiere que en aquellas empresas que previamente han pactado un permiso por matrimonio con sus trabajadores a través de instrumentos individuales y colectivos, los días acordados se imputarán a los cinco días a que da derecho el nuevo beneficio.

Ordinario N° 5845/132, de 04.12.2017

5. Casos especiales.

Una situación especial puede darse respecto de los trabajadores que otorgarán el acuerdo de unión civil en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 21.042 y que, por proximidad a la publicación de ésta, les ha impedido cumplir con el aviso a su empleador con treinta días de antelación.

En tales circunstancias, es parecer de esta Dirección que el beneficio también se puede impetrar, desde que la exigencia formal se ha tornado imposible de cumplir, siendo razonable aceptar que basta en el caso de marras que el dependiente efectúe la comunicación con la anticipación que le permitan los días faltantes para la celebración del acuerdo.

Otro caso especial es el del matrimonio o acuerdo de unión civil celebrado entre trabajadores de una misma empresa. A juicio del suscrito, ambos dependientes deben hacer uso, a la vez, de un único lapso de cinco días hábiles, no siendo procedente exigir una suerte de suma o acumulación de los permisos de cada uno –diez días hábiles en total-.

En efecto, según se desprende de la moción parlamentaria de 10.06.2008 que dio origen a la tramitación de la Ley 20.764, la voluntad del legislador al momento de crear el permiso matrimonial –al cual accede el acuerdo de unión civil- ha sido permitir a los trabajadores “gozar de un tiempo mínimo necesario para preparar y celebrar su matrimonio, momento de importancia fundamental para buena parte de las familias de nuestro país” (en Historia de la Ley 20.764,

disponible en www.bcn.cl), lo que obliga a sostener que el permiso en comento existe en función del evento respectivo –el matrimonio o el acuerdo de unión civil-, el cual, en la hipótesis en examen, es el mismo para ambos dependientes, bastando, para satisfacer la pretensión normativa, el periodo de cinco días hábiles.

Un tercer caso es el del trabajador que, ya habiendo gozado del permiso del artículo 207 bis, celebra un nuevo matrimonio o acuerdo de unión civil.

Al respecto, dable es colegir que, habiéndose equiparado el acuerdo de unión civil con el matrimonio para efectos del artículo 207 bis, corresponde mantener la conclusión contenida en el ya citado Ord. N° 3342/048, en orden a que el derecho puede ejercerse en cada ocasión en que el dependiente contraiga matrimonio o acuerdo de unión civil, siempre que cumpla con los pertinentes requisitos.

Por último, cabe agregar que si las partes, antes de la entrada en vigor de la Ley 21.042, ya han pactado individual o colectivamente un permiso por acuerdo de unión civil, los días objeto de dicho pacto se imputarán a los cinco días a que da derecho el artículo 207 bis del Código del Trabajo.

Forma de cálculo de la remuneración de la trabajadora durante estos permisos

Permisos del artículo 66 del código del trabajo

Trabajadores con remuneración fija

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3152/063 de 25.07.2008:

“De la definición contenida en la nueva letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, se desprende que una remuneración puede ser calificada como sueldo o sueldo base, en caso de reunir las siguientes condiciones copulativas:

- a) Que se trate de un estipendio fijo;*
- b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2° del artículo 10.*
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato,*
- d) Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.”*

Trabajadores con remuneración variable

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0110/001 de 08.01.2009:

De esta suerte, en opinión de esta Dirección, no existe inconveniente para efectuar el cálculo del promedio a que alude el inciso 1º del artículo 45 del Código del Trabajo en forma mensual, en el evento de que éste no pudiere realizarse semanalmente por las circunstancias ya anotadas.

Ahora bien, en tal caso, el procedimiento de cálculo del promedio en análisis, sería el siguiente:

- a) Deben sumarse todas las remuneraciones variables, de carácter diario devengadas por el trabajador en el mes correspondiente y,*
- b) El resultado de dicha suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en dicho periodo mensual.*

A vía de ejemplo, si el trabajador estuviere afecto a una jornada distribuida en cinco días, de lunes a viernes, y en el respectivo periodo mensual no hubieren incidido festivos, y hubiere laborado todos los días que le correspondía de acuerdo a la jornada convenida, el promedio correspondiente deberá obtenerse sumando todas las remuneraciones variables diarias devengadas en el período mensual y dividir el resultado de dicha suma por 20, 21, 22 o 23, según el caso, los cuales corresponden al número de días que laboró en el respectivo mes. El valor resultante será el que corresponda pagar por los días domingo comprendidos en dicho lapso

El mismo procedimiento resulta aplicable a un trabajador cuya jornada se distribuye en seis días, de lunes a sábado, que laboró en las mismas condiciones señaladas en el ejemplo anterior, con la salvedad que en este caso la división del resultado de la suma a que allí se alude deberá efectuarse por 24, 25, 26 o 27, según corresponda.

TEMA 3

EL PERMISO DE ALIMENTACIÓN HIJOS MENORES DE 2 AÑOS

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 7486/0171, de 18.10.1990:

"Los vocablos "dar alimento" utilizados en el inciso 1º de los artículos 188 y 191 de Código del Trabajo, tienen una acepción amplia, comprensiva de cualquier alimento que la madre proporcione al hijo y no están restringido sólo al amamantamiento y la leche materna".

Ordinario N° 3413/055, 03.09.2014:

1.- Extensión del derecho a alimentar a los hijos menores de dos años, al padre.

A través de la incorporación del inciso 6º al precepto legal en análisis, el legislador confiere a las madres y padres, siempre que ambos sean trabajadores dependientes, la facultad de acordar que sea este último quien haga uso del derecho a alimentar a los hijos menores de dos años, en los términos descritos precedentemente, beneficio del que hasta ahora había sido titular la madre de manera exclusiva.

- *Formalidades.*

En caso de que la madre y el padre decidan hacer uso de la nueva facultad legal, y acuerden que será este último quien haga uso del beneficio en estudio, ambos deberán comunicar por escrito a sus empleadores respectivos tal determinación, con copia a la Inspección o Inspecciones del Trabajo respectivas, entendiéndose por tal la correspondiente al lugar donde se prestan los servicios, de acuerdo a Dictamen N° 4052/083 de 17.10.2011, de este Servicio, entre otros.

La comunicación a que se refiere el párrafo anterior, debe ser enviada con una antelación de 30 días a la fecha en la que el padre hará uso del derecho en estudio. De igual forma, los padres deberán notificar a sus empleadores cualquier modificación que decidan respecto de dicho acuerdo.

- *Oportunidad para hacer uso del beneficio.*

Dado que la nueva normativa no establece limitaciones al respecto, en opinión de este Servicio, los padres pueden hacer uso de la nueva facultad que les es

conferida, durante el lapso en que les asiste el derecho a alimentar, esto es hasta que el menor cumpla dos años.

- *Caso en que los padres tengan más de un hijo menor de dos años.*

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia vigente y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N° 3362/102 de 20.08.2003, ha precisado, que el tiempo de a lo menos una hora dentro de la jornada para hacer uso del permiso en estudio, le asiste a la madre por cada hijo menor de dos años, por tanto, si es el padre quien hace uso del derecho, resulta aplicable la misma doctrina.

- *Caso en que el padre preste servicios para dos empleadores.*

Sobre el particular, cabe precisar que mediante Dictamen N° 2248/047 de 19.07.2007, ya citado, entre otros, este Servicio precisó que: “a la madre trabajadora que presta servicios para dos empleadores distintos, le asiste el derecho de exigir a ambos el permiso para dar alimento a sus hijos.”, doctrina que resulta plenamente aplicable si es el padre quien ejerce el derecho en comento, en cuyo caso deberá cumplir con las formalidades descritas en los acápite precedentes, respecto de ambos empleadores.

- *Uso del permiso para alimentar a los hijos menores de dos años del padre que labora en jornada parcial y/o hace uso del permiso postnatal parental por la mitad de su jornada.*

Al respecto, la misma jurisprudencia institucional citada precedentemente, precisó que la madre trabajadora que labora en jornada parcial o hace uso del permiso postnatal parental por la mitad de su jornada, es titular del derecho a alimentar a los hijos menores de dos años y que no resulta jurídicamente procedente que haga uso del permiso en forma proporcional a su jornada. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que mediante Dictamen N° 351/007 de 20.01.2012, este Servicio precisó que el permiso en comento, estará condicionado a la circunstancia de que el ejercicio del mismo, permita el cumplimiento de las funciones convenidas en media jornada, lo que no ocurriría si ésta comprende un reducido número de horas diarias, en términos tales que descontado el tiempo para alimentar, impida a la beneficiaria el normal desarrollo de sus labores bajo la antedicha modalidad, sostener lo contrario implicaría desconocer uno de los objetivos perseguidos por el legislador al establecer la normativa en análisis, cual es incentivar la

compatibilización del cuidado de los hijos con el trabajo, conclusiones que resultan igualmente procedentes en el mismo sentido, si quien ejerce el referido beneficio es el padre.

1.b) Titularidad del derecho por parte del padre.

A la luz de la nueva normativa, en caso de que el padre tenga a su cargo el cuidado personal o tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, o bien, la madre hubiese fallecido, o por cualquier causa no le sea posible hacer uso del permiso en comento, lo ejercerá el padre.

1.c) Extensión del derecho a alimentar a quien se le haya conferido el cuidado personal o tuición de un menor.

El último inciso incorporado al citado artículo 206, confiere a la trabajadora o trabajador a quien se le haya conferido el cuidado personal o tuición de un menor conforme a la ley N° 19.620, o como medida de protección en virtud del número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores, el derecho a alimentar a los hijos menores de dos años, en cuyo caso, además, se extiende el beneficio al cónyuge en los términos precisados en los acápite precedentes.

Forma de otorgar este permiso

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3413/055, 03.09.2014:

Conforme lo dispuesto en el artículo 206 del Código del Trabajo, toda madre trabajadora tiene derecho a disponer de una hora al día, a lo menos, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, con prescindencia de si el o los hijos asisten o no a sala cuna y de la cantidad de mujeres que prestan servicios para el empleador. El tiempo destinado al ejercicio de dicho permiso se considera trabajado para todos los efectos legales.

El referido beneficio puede ser ejercido a través de una de las diversas modalidades que el precepto contempla, la que en todo caso debe ser acordada con el empleador. Ellas son: a) en cualquier momento dentro de la jornada; b) puede dividírsele, a solicitud de la interesada, en dos porciones de tiempo, o bien, c) puede postergarse o adelantarse, en una o en media hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo. Cabe señalar que la jurisprudencia vigente y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N° 2248/047 de 19.07.2007, establece que frente a la falta de acuerdo entre las partes al respecto, prevalecería la opción por la que la madre hubiere optado.

El derecho a alimentar a los hijos menores de dos años, puede ser ejercido en forma preferente en la sala cuna o en el lugar en que se encuentre el menor y no puede ser renunciado en forma alguna.

Ordinario N° 2248/0047, de 16.06.2007

1) El derecho que consagra el inciso 1º del artículo 206 del Código del Trabajo, para que la madre disponga de una hora al día para dar alimento a sus hijos menores de dos años, es aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de esa edad, aún cuando no goce del derecho a sala cuna.

2) La forma en que este beneficio se puede ejercer, es acordando con el empleador cualesquiera de las tres modalidades consagradas en dicho inciso.

3) En el evento de que no existiera acuerdo en cuanto a la alternativa propuesta por la trabajadora, titular de este derecho irrenunciable, se configuraría el incumplimiento de este precepto por parte del empleador, factible, de acuerdo a las reglas generales, de ser sancionado por nuestro Servicio en virtud de las facultades que le son propias, sin perjuicio de ratificar el régimen que la trabajadora haya elegido.

Ordinario N° 0421/006, de 28.01.2009

No resulta ajustado a derecho un acuerdo entre empleador y trabajadora que tenga por objeto que ésta haga uso del derecho a alimentar que contempla el inciso 1º del artículo 206 del Código del Trabajo, en forma acumulada una vez a la semana.

Duración de este permiso

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 0059/002, de 07.01.2010:

El artículo 206 del Código del Trabajo ha hecho extensivo el derecho de dar alimento allí consagrado a todas las trabajadoras que tengan hijos menores de dos años, aun cuando no gocen del derecho a sala cuna o dejen a sus hijos en su hogar o en otro sitio, sin perjuicio de que los beneficios previstos en el inciso final de la citada norma, para aquellas madres trabajadoras que laboran en empresas obligadas a tener sala cuna, rigen sólo cuando éstas hacen uso de la respectiva sala cuna que le proporciona la empresa empleadora, en cualquiera de las tres modalidades que señala el artículo 203 del mismo cuerpo legal.

Ampliación del permiso para trasladarse a la sala cuna y pago de pasajes

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario Nº 1086/011, de 26.03.2019:

Al respecto cabe señalar que el artículo 206 del Código del Trabajo concede a las trabajadoras el derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, el cual se podrá ejercer a través de alguna de las siguientes alternativas 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

Luego, el inciso 5° del citado artículo dispone que aquellas empresas obligadas a otorgar sala cuna deberán ampliar el período de tiempo para dar alimento, al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre, como también deberán pagar el valor de los pasajes por el transporte.

De ello se sigue que el artículo 206 del Código del Trabajo consagra, por una parte, el derecho de carácter general que asiste a toda madre trabajadora de disponer de al menos una hora al día para alimentar a los hijos menores de dos años, aun cuando la empresa o institución en la que la trabajadora se desempeña no esté obligada a contar con sala cuna; y, por otra, los derechos accesorios de ampliación del lapso de permiso y el pago del valor de los pasajes que fueren necesarios para el traslado, los cuales tienen un alcance más restringido, pues no favorecen a todas las madres trabajadoras, sino que sólo a aquellas dependientes que prestan servicios en empresas que tienen la obligación de contar con sala cuna.

Se desprende entonces que la intención del legislador, al estatuir los derechos accesorios referidos, ha sido la de compensar a la trabajadora del mayor gasto en que ésta pueda incurrir en el ejercicio del derecho de alimentación, así como también garantizar que la hora que dispone para dar alimento no se vea disminuida en razón del tiempo que deba emplear para el traslado

Ahora bien, en la hipótesis fáctica que se plantea, si la madre trabajadora ejerce el derecho de alimentación en su domicilio, dado que allí se

encuentra el menor de dos años, y ha convenido con su empleador que dicho derecho será ejercido anticipando el término o postergando el inicio de la jornada, el mayor gasto y esfuerzo en que incurre dicha trabajadora para dar alimentos al menor se disipa si éste se encuentra en su propio hogar, siendo razonable que su empleador prescinda de pagar el valor del pasaje que la trabajadora emplea con motivo del traslado, dado que ese gasto se confunde con aquel en que incurre habitualmente la trabajadora en razón de su contrato de trabajo. Idéntica situación ocurre respecto del tiempo utilizado para transportarse desde el lugar de trabajo al hogar, y viceversa, el cual, por confundirse con la obligación de asistencia a las dependencias de la empresa, tampoco corresponde que se considere como tiempo trabajado. Lo anterior es distinto al tiempo efectivamente empleado en ejercer el derecho de alimentos, el cual, por estricto mandato legal del artículo 206 inciso tercero del Código del Trabajo, debe de considerarse trabajado para todos los efectos legales.

En tales circunstancias preciso es convenir que aquella trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de su jornada en una o media hora, no tiene derecho a acceder a los derechos que consagra el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, esto es, el pago del valor de los pasajes y la ampliación del lapso de permiso.

El criterio anotado precedentemente recibe aplicación tratándose de trabajadoras que mantienen a su hijo en el hogar y ejercen el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de la jornada, resultando improcedente arribar a la misma conclusión cuando la sala cuna o el lugar en que la trabajadora mantiene a su hijo menor de dos años se encuentra ubicado cerca de su hogar o de la empresa en que se prestan los servicios, toda vez que este Servicio no puede emitir pronunciamientos en base a consideraciones subjetivas, tales como que un lugar esté cerca de otro o en el trayecto hacia un determinado lugar, debiéndose tener presente, en todo momento, que la protección a la maternidad constituye un bien jurídico de la más alta valoración legal y social, ante lo cual toda interpretación que disminuya los derechos establecidos en los artículos 203 y 206 del Código del Trabajo debe realizarse de manera excepcional y restringidamente.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a Ud. que la trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de la jornada en una o media hora, no tiene derecho a acceder a los derechos que consagra el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, esto es, el pago del valor de los pasajes y la ampliación del lapso de permiso. Complementétese la doctrina contenida en dictamen N° 2495/67, de 07.06.17 y reconsidérese toda aquella que resulte contradictoria o no conciliable con el sentido interpretativo desarrollado en el cuerpo del presente informe.

Se hace presente que los fundamentos jurídicos de este Dictamen se basan en los antecedentes fácticos previamente descritos, no siendo ajustado a derecho replicar sus conclusiones a situaciones fácticas similares o análogas.

Ordinario N° 2163, de 11.06.2019

Mediante dictamen N° 1086/011 de 26.03.2019, este Servicio, sobre la base de los fundamentos y consideraciones que allí se analizan, complementó el dictamen N° 2495/67 de 07.06.2017 citado en su presentación.

De este modo, preciso es convenir que, en conformidad a la doctrina institucional vigente, las madres trabajadoras que hacen uso del tiempo de alimentación que establece la ley, postergando el inicio de la jornada o anticipando su término en media o una hora, y cuyos hijos menores de dos años permanecen en el propio hogar de las beneficiarias, no tienen derecho a exigir los beneficios accesorios antes citados.

Ord. N° 1086/011 precisa la doctrina que sobre el particular se contiene en el pronunciamiento por Uds. invocado, cabe pronunciarse sobre los efectos de la doctrina en comento, para lo cual corresponde recurrir a las reglas generales sobre los efectos de los actos administrativos y, en particular, a la jurisprudencia administrativa de esta Dirección del Trabajo que se ha pronunciado sobre la data desde la cual rigen los pronunciamientos que se emiten mediante dictámenes.

Al respecto, la doctrina vigente, contenida entre otros, en dictamen N° 1088/15, de 09.03.2011, distingue entre aquellos dictámenes que al

interpretar la legislación laboral producen un efecto meramente declarativo, de aquellos que, reconsiderando un pronunciamiento anterior lo revocan, modifican o dejan sin efecto. En la primera situación, el acto interpretativo se limita a reconocer un derecho ya existente, y en consecuencia este puede ser exigido desde la vigencia de la ley interpretada.

Por el contrario, y conforme a la misma doctrina, tratándose de aquellos dictámenes que reconsideran otro anterior, rige en plenitud el principio de irretroactividad de los actos administrativos y, por ende, sólo pueden disponer a futuro, no pudiendo afectar situaciones anteriores a la época del respectivo pronunciamiento.

Aplicando lo expuesto precedentemente a la situación de las trabajadoras que hicieron uso de los beneficios accesorios de que se trata por aplicación de la doctrina institucional anterior, preciso es convenir que la dictación de la normativa administrativa precedentemente analizada no puede significar para las afectadas la pérdida de tales beneficios, toda vez que, como se indicara, esta última solo rige a partir de la emisión del pronunciamiento correspondiente, lo que ocurrió, como ya se indicara, el 26 de marzo de 2019.

De esta forma, la actual doctrina que regula la materia resultará aplicable a las trabajadoras que hagan uso del derecho a alimentar a partir de dicha fecha.

Finalmente, y en cuanto al derecho que asistiría a las trabajadoras a exigir retroactivamente tales beneficios, por cuanto, durante la vigencia del dictamen N° 2495/67 de 07.06.2017 no les fueron otorgados, cabe expresar que tal aseveración no es compartida por la empleadora, quien manifiesta que no ha incurrido en contravención alguna al respecto, toda vez que siempre ha cumplido a cabalidad, tanto la normativa legal como administrativa aplicable. Acompaña al efecto, nómina de trabajadoras beneficiarias. La circunstancia anotada permite afirmar que existe controversia entre las partes en torno a la situación de hecho antes descrita, esto es, si la empresa otorgó o no tales beneficios, la cual requiere de prueba y ponderación para ser resuelta fundadamente, por lo que no corresponde a este Servicio pronunciarse sobre el particular, sino al Juzgado de Letras del Trabajo competente.

En efecto, el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, dispone:

"Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

"a) Las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral".

De la disposición legal citada se desprende que serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo los problemas que se susciten entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales y demás cuerpos normativos convencionales que detalla, vale decir, toda controversia o materia discutible entre partes que exija un detenido estudio, prueba y su ponderación para ser resuelta adecuadamente.

Ordinario N° 2198, de 12.06.2019

1.-Las madres trabajadoras que ejercen el derecho de alimentar que prevé el artículo 206 del Código del Trabajo, ya sea postergando el inicio o anticipando el término de la jornada de trabajo en una o media hora, y cuyos hijos (as) menores de dos años no asisten a un establecimiento de sala cuna, sino que permanecen en el propio hogar, no tienen derecho a exigir los beneficios accesorios a aquél, contemplados en el inciso 5° del mismo precepto legal.

2.- Las trabajadoras que prestan servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo Código y que hacen uso del derecho a alimentar dentro de la jornada de trabajo, tienen derecho a la ampliación del lapso de permiso que la ley otorga para tal efecto en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta y al pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para ello, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto e incluso a quienes han convenido un bono compensatorio en sustitución de dicho beneficio.

Ordinario N° 3516, de 15.07.2019

El dictamen N° 1086/11, de 26.03.19, de esta Dirección, precisa la doctrina contenida en el dictamen N° 2495/67, de 07.06.17, respecto a la procedencia de otorgar los derechos contenidos en el inciso 5°, del artículo 206, esto es, pago de pasajes y ampliación del tiempo de traslado, cuando la madre trabajadora ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o

anticipando el término de la jornada y mantiene al menor en su hogar.

La situación concreta que analiza el dictamen recurrido se refiere al caso específico de aquellas madres trabajadoras que se desempeñan en empresas obligadas a otorgar sala cuna, pero que mantienen al menor de dos años en su casa y que, además, anticipan el término de su jornada o postergan su inicio, de suerte tal que no resulta aplicable a cualquier tipo de madre trabajadora, sino que a un grupo muy específico de estas.

En efecto, la doctrina del dictamen recurrido le resulta aplicable solamente a las trabajadoras que cumplan las siguientes condiciones, de carácter copulativo:

- a.- Tenga hijo(s) menor(es) de dos años;*
- b.- Se desempeñen en una empresa obligada a otorgar sala cuna;*
- c.- Mantengan a su(s) hijo(s) menor(es) de dos años en su hogar;*
- d.- Que posterguen el inicio o anticipen la salida de la jornada.*

Su solicitud, sin embargo, se limita a señalar de manera genérica y sin acreditarlo, que en la localidad de Pozo Almonte sería difícil el acceso a salas cunas, pero no contiene fundamentaciones concretas, precisas y claras de los motivos por los que la doctrina antes referida deba ser revisada por tal circunstancia. Tampoco señala algún caso concreto que permita efectuar un nuevo estudio de esta.

Por consiguiente, dado que su presentación no especifica los motivos precisos por los que la doctrina recurrida debería ser reconsiderada, ni acredita tampoco algún caso concreto que permita realizar un nuevo estudio de los antecedentes, informo a Ud. que se mantiene la doctrina contenida en dictamen N° 1086/11, de 26.03.19.

Ordinario N° 2364, de 25.06.2019

1.-La trabajadora de la Corporación Educacional San Sebastián de Quilicura cuyo hijo menor de dos años no asiste a sala cuna, sino que permanece en su hogar y que hace uso del derecho a alimentar anticipando en una hora el término de su jornada laboral, no tiene derecho a exigir que dicha empleadora le otorgue los beneficios complementarios de dicho derecho, previstos en el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, vale decir, el valor de los pasajes y la ampliación del lapso de dicho permiso.

2.- La facultad exclusiva de interpretar la legislación y reglamentación social que la ley asigna a la Dirección del Trabajo se materializa en una actuación que no se enmarca en ninguno de los conceptos de acto administrativo que contempla el artículo 3° de la ley N° 19.880, toda vez que se trata de una potestad normativa reguladora, cuyo ejercicio corresponde que sea desempeñado únicamente por aquella, por lo que el procedimiento preceptivo contenido en dicho cuerpo legal no resulta aplicable a los dictámenes emanados de este Servicio.

Ordinario N° 2366, de 25.06.2019

1.- La utilización de cualquiera de las alternativas de uso del derecho de alimentar que prevé el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo deberá ser objeto de acuerdo entre las partes, no pudiendo ser impuestas en forma unilateral por ninguna de ellas.

2.- La trabajadora que ejerce el derecho de alimentar que consagra el artículo 206 del Código del Trabajo, anticipando el término de su jornada de trabajo diaria en una hora y cuyo hijo (a) menor de dos años no asiste a sala cuna, sino que permanece en su propio hogar, no le corresponde hacer uso de los beneficios accesorios a dicho derecho, previstos en el inciso 5° del mencionado precepto legal.

Ordinario N° 4352, de 10.09.2019

La trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en el hogar y ejerce el derecho a alimentación anticipando su salida al terminar la jornada de trabajo o bien postergando la entrada al inicio de esta, no tiene derecho a los beneficios accesorios establecidos en el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo.

Ordinario N° 4142, de 27.08.2019

En primer término, el dictamen N° 1086/11, de 26.03.2019, se limita a precisar que los derechos accesorios contemplados en el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo corresponden a las trabajadoras que hacen uso del derecho de alimentación durante la jornada, salvo respecto de aquellas que lo ejercen antes de su inicio o una vez finalizada la misma.

Efectuada esta precisión, en segundo término, dicho acuerdo en su cláusula segunda dispone que la empresa pagará a la madre trabajadora para que haga uso de su permiso de alimentación en medio de su jornada,

de dos pasajes, uno de ida y otro de vuelta. Sobre este particular se hace presente que lo pactado no puede significar renunciar a un derecho de carácter irrenunciable, de suerte tal que si en un caso determinado no fuere suficiente con dos pasajes para poder dar cumplimiento efectivo al derecho de que se trata la empresa estaría en la obligación de pagar los pasajes que efectivamente sean necesarios, situación que, en caso de un posible incumplimiento, debe ser revisada caso a caso.

En relación al beneficio de otorgamiento de una hora adicional a la que señala la ley para los efectos de la alimentación del hijo menor de dos años, cabe señalar que, en el caso de las empresas obligadas a otorgar sala cuna, se deberá siempre dar cumplimiento efectivo al derecho que por ley corresponde de ampliación del período que sea necesario para la ida y vuelta de la madre para los efectos de dar alimentación a su hijo, circunstancia que en caso de incumplimiento debe ser verificada caso a caso.

Ahora bien, en relación a su primera inquietud, referida a si resulta procedente que el empleador unilateralmente modifique un acuerdo suscrito con determinadas trabajadoras con anterioridad al dictamen N° 1086/11, de 26.03.19, relacionado con el derecho de alimentación, cumpla con informar a ustedes que ello no resulta jurídicamente procedente si dicho acuerdo otorga mayores beneficios a los concedidos por la ley si previamente no cuenta con el acuerdo de las trabajadoras afectadas.

En relación a su segunda consulta, referida a si resulta procedente que un beneficio acordado por las partes y que supera los límites legales sea modificado por la interpretación de un dictamen emitido con posterioridad a dicho pacto, cumpla con señalar que la legislación laboral, en general, fija mínimos irrenunciables de suerte tal que, si el empleador acuerda otorgar mayores beneficios a los que debe otorgar según la ley, las partes deben estarse a lo acordado, y por lo tanto, si la doctrina contenida en el dictamen citado en ese caso puntual, implica la pérdida de beneficios acordados con anterioridad, no resultaría aplicable, a menos que el acuerdo estuviere basado en una errónea aplicación de la normativa, circunstancia que no consta a esta Dirección dado que no se adjuntó la documentación que fundamenta su presentación.

Ordinario Nº 2495/067, de 07.06.2017:

El examen de la norma transcrita, en lo que interesa, permite concluir, a estas alturas de modo indudable, que el derecho de las trabajadoras a dar alimentación a sus hijos menores de dos años está concebido de manera amplia por el legislador, pues favorece tanto a las trabajadoras que hacen uso del servicio de sala cuna que provee el empleador como a aquellas que dejan a sus hijos en un lugar distinto mientras trabajan, vgr., en su hogar, así como también rige para las trabajadoras cuyos empleadores no proveen de sala cuna por no estar obligados conforme al artículo 203 del Código del Trabajo.

Por lo tanto, como primer elemento de análisis, corresponde señalar que el legislador, al momento de otorgar el derecho al tiempo de alimentación, no formula distinción alguna entre las trabajadoras beneficiarias, al punto que deviene indiferente si la dependiente está o no haciendo uso de la sala cuna que provee la empresa; es más, tampoco es relevante para gozar del aludido derecho que el empleador no entregue el servicio de sala cuna.

Coincide con lo antedicho la propia jurisprudencia de este Servicio, en particular el Ord. 059/2 de 07.01.2010, que sostuvo lo siguiente:

"(...) el artículo 206 en comento ha hecho extensivo el derecho que antes estaba previsto sólo para aquellas madres que laboraban en empresas que se encontraban obligadas a tener sala cuna, a todas las trabajadoras que tengan hijos menores de dos años.

Tales circunstancias obligan a concluir que el artículo 206 del Código del Trabajo ha hecho extensivo el derecho de dar alimento allí consagrado a todas las trabajadoras que tengan hijos menores de dos años, aun cuando no gocen del derecho a sala cuna o dejen a sus hijos en su hogar o en otro sitio."

En este extremo merece tener presente que la Ley 20.166 del 2007, ya citada, vino a solucionar un problema de larga data, originado en una interpretación administrativa restrictiva del denominado derecho de amamantamiento, el cual se entendía aplicable sólo a las madres trabajadoras que laboraban para empleadores que les otorgaban el beneficio de sala cuna, privando a las demás, aun cuando tenían hijos menores de dos años.

Fue dicha preceptiva la que incorporó un nuevo texto para el artículo 206, mismo que ahora establece "el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna", quedando constancia

del sentido y espíritu de la ley en la historia de su establecimiento, donde es posible leer que "la idea matriz o fundamental del proyecto es la de otorgar el derecho a dar alimentos a sus hijos a todas las trabajadoras sin distinción".

En efecto, del debate legislativo se obtienen consideraciones como las siguientes:

"Este derecho va complementado con otro que permite a la madre dar alimentos a sus hijos, para lo cual contarán -así lo establece el artículo 206 del Código del Trabajo con dos porciones de tiempo que en total no excedan de una hora al día. Este lapso puede ampliarse en el requerido para viajar de ida y vuelta en el caso de que los menores se encuentren en sala cuna fuera del lugar de trabajo, siendo de cargo del empleador el pago de los gastos de traslado.

Sin embargo, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, a través de los dictámenes N°s. 2.337, de junio de 1979; 4.004, de septiembre de 1980; 1.674, de marzo de 1986, y 7.489, de diciembre de 1992, ha determinado que el derecho a dar alimentos sólo corresponde a las trabajadoras de los establecimientos con obligación de mantener salas cuna, negándoles este beneficio a las mujeres que pertenecen a empresas con menos de veinte trabajadoras.

Dicha interpretación, a juicio de la Comisión, no se aviene con el espíritu general de la legislación, en especial con el de nuestra Carta Fundamental, pues este derecho ha sido establecido por el legislador con el claro propósito de proteger la vida y la salud del menor en edad de amamantamiento.

En consecuencia, las madres que trabajan en lugares donde no existan salas cunas, poseen idéntico derecho, pues tienen la misma necesidad y sus hijos tienen el mismo valor frente a la ley. Por lo tanto, tienen el mismo derecho a ser alimentados del mismo modo y en las mismas condiciones que los menores de dos años de madres cuyos trabajos cuentan con salas cuna."

Siendo claro el alcance subjetivo del derecho de la madre trabajadora a dar alimentación al menor de dos años, corresponde precisar que del propio texto del artículo 206 (inc.5°) se colige que el permiso de marras tiene dos derechos accesorios, a saber, el derecho al tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el derecho al pago del valor de los pasajes por el respectivo transporte.

Ambos derechos los consagra el legislador para materializar el derecho principal -dar alimento al menor- y tienen como expreso supuesto que la trabajadora labore en una empresa que esté obligada a mantener sala cuna.

En este tema, los citados Ords. 4135/088 de 19.08.2007 y 059/2 de 07.01.2010 han establecido que el derecho de la trabajadora a exigir al respectivo empleador la ampliación del permiso para dar alimento a su hijo menor de dos años por el tiempo necesario para trasladarse al lugar donde éste se encuentra, así como el pago del valor de los pasajes para el correspondiente transporte, rige en cualquiera de las tres modalidades contempladas en el inciso primero del artículo 206.

Sin embargo, esa misma doctrina ha concluido que los beneficios previstos en el inciso final del artículo 206 del Código del Trabajo -ampliación del tiempo por concepto de traslados y pasajes-, para las madres trabajadoras que laboran en empresas obligadas a tener sala cuna, rigen sólo cuando ésta hace uso de la respectiva sala cuna que le proporciona la empresa empleadora, quedando, en consecuencia, excluida del beneficio aquella dependiente que deja a su hijo en el hogar o en otro sitio.

Es esta exclusión contenida en la doctrina citada la que el suscrito estima necesario replantear por las razones que a continuación se indican.

Conforme al criterio contenido en los dictámenes en examen, los referidos beneficios de ampliación del tiempo de permiso y pago de pasajes que concede el legislador a la trabajadora para ejercer eficazmente el derecho de alimentación, sólo le corresponderían a aquella dependiente que hace uso de la sala cuna proporcionada por la empresa, lo que necesariamente implica negarlos a la trabajadora que no mantiene a su hijo en dicho establecimiento, no obstante tener ésta, por expreso mandato legal, el mismo derecho para alimentarlo.

En efecto, el artículo 206 ha establecido en favor de la madre trabajadora el derecho irrenunciable a alimentar al hijo menor de dos años sin distinguir si el menor asiste o no a la sala cuna, lo que deviene indiscutible a partir de la modificación dispuesta por la Ley 20.166 ya reseñada, resultando igualmente inconcuso que, del propio precepto (inciso 5°), surge un único requisito para generar los dos beneficios accesorios -ampliación del permiso y pasajes-, cual es, que se trate de una empresa que esté obligada a proveer el servicio de sala cuna a sus trabajadoras.

Así entonces, el legislador con esta disposición se ha encargado de establecer, primero, que el derecho de alimentar al hijo menor de dos años favorece a todas las madres trabajadoras, tengan o no derecho a sala cuna, o que usen o no la sala cuna dispuesta por la empleadora, y segundo, que los beneficios de ampliación del tiempo de permiso y pago de pasajes deben ser otorgados por aquellas empresas obligadas conforme al artículo 203 a proveer servicio de sala cuna, quedando solamente al margen de tales beneficios accesorios las dependientes que laboran en una empresa que no tiene dicha obligación legal.

En este sentido, la creación por los dictámenes en cuestión de un requisito adicional para acceder a las prerrogativas consagradas en el artículo 206 inc.5° del estatuto laboral, como es requerir que la trabajadora haga uso de la sala cuna que otorga su empleador, implica no sólo imponer una exigencia que el legislador no contempla, sino también permite que se produzca un trato diferenciado e infundado entre las trabajadoras al momento de ejercer un mismo derecho, todo lo cual pugna con las bases del ordenamiento jurídico.

No puede el suscrito soslayar que, al operar la aludida restricción, se pone en situación de desventaja a la madre trabajadora que deja a su hijo en casa, porque, al darse una circunstancia lícita como es ejercer el derecho de alimentación en un lugar diverso a la sala cuna de la empresa, se le impide acceder a los beneficios ya señalados, mismos que el legislador ha buscado franquear a todas las trabajadoras que prestan servicios para un empleador obligado al tenor del artículo 203, generando entonces un escenario de desigualdad donde una trabajadora tendrá más tiempo y recursos para ejercer adecuadamente el derecho de alimentación y otra no, a pesar de estar ambas en la misma posición jurídica.

Como ya se ha mencionado en este informe, concluyó que "estando obligadas a conceder la ampliación de este permiso y a pagar el valor de los pasajes de que se trata sólo aquellas empresas que deben mantener sala cuna, únicamente podría exigir ambos beneficios la madre trabajadora que presta servicios para una de tales empresas y en la medida que efectivamente lleve al hijo al establecimiento, pero no aquella que lo deja en su hogar o en otro sitio", dando lugar a la interpretación restrictiva referida en párrafos anteriores, cuyo efecto práctico, a juicio del suscrito, conlleva el trato

discriminatorio hacia esta última trabajadora, también explicado precedentemente.

Así, un nuevo estudio de la materia permite además argüir que la conclusión a que arriba el Ord. 4135/088 de 08.10.2007 -confirmado por el Ord. 059/2 de 07.01.2010- aparece carente de suficiente fundamentación pues no basta el argumento de mera ubicación del precepto dentro de la estructura formal del Código para sostener una interpretación restrictiva de un derecho que cautela un bien tan alto como la maternidad y menos aún para causar una suerte de exclusión tácita de un grupo de personas que el propio legislador ha contemplado como beneficiario legítimo del derecho de que se trata.

Cabe igualmente recordar que una situación similar tuvo lugar precisamente con la interpretación restrictiva que desde antiguo hizo la Dirección del Trabajo respecto del derecho de alimentación, limitándolo sólo a las madres trabajadoras que hacían uso de la sala cuna dispuesta por la empresa, debiendo encargarse el legislador de corregir esta diferenciación, como ya se reseñó, mediante la Ley 20.166 del 2007, que incorporó en el Código Laboral un nuevo artículo 206.

Otro aspecto a considerar al momento de reexaminar la doctrina que nos ocupa es el vinculado a la situación de las madres trabajadoras que, por razones especiales, vgr., enfermedad del menor o inexistencia de establecimientos autorizados, no hacen uso de la sala cuna que otorga el empleador, recibiendo de parte de éste un bono en dinero que compensa y reemplaza la obligación impuesta por el artículo 203 del Código del Trabajo, alternativa que, si bien no es contemplada expresamente por el legislador, ha sido aceptada por la Dirección del Trabajo, según queda de manifiesto en numerosos pronunciamientos particulares y de modo general en el Ord. N°6758/086 de 24.12.2015.

Al respecto, cabe señalar que el acuerdo de las partes en orden a sustituir el beneficio de sala cuna por el pago de un bono compensatorio para el caso del menor que no puede asistir a tal establecimiento, da lugar a una forma extraordinaria de cumplimiento por equivalencia de la obligación de otorgar el servicio de sala cuna, no pudiendo entenderse que, por tener que acceder a esta modalidad, la trabajadora deba ver disminuidos los derechos que le corresponden en materia de protección a la maternidad.

En este entendido, tratándose de la madre trabajadora que está recibiendo este bono compensatorio y que mantiene a su hijo menor de dos años bajo el cuidado de una tercera persona en el hogar o en otro lugar, el derecho de alimentación no puede sufrir afectación alguna, desde que éste es amplio e irrenunciable conforme al texto expreso del artículo 206 del Código del Trabajo, lo que se extiende, por lógica, a sus beneficios accesorios como son la ampliación del lapso de permiso por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el derecho al pago del valor de los pasajes por el respectivo transporte.

La conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de aquellos casos concretos en que, por motivos especiales y calificados, la Dirección del Trabajo ha emitido pronunciamiento declarando la procedencia de un bono compensatorio del beneficio de sala cuna atendidas las particulares condiciones en que la madre trabajadora presta los servicios, mismas que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación del menor, como sería la situación de las dependientes que se desempeñan en faenas mineras ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, las cuales durante la duración de éstas, viven separadas de sus hijos en los campamentos habilitados por la empresa, realidad reconocida desde antaño por esta Dirección, por ejemplo en Ord. N° 3717, de 2002.

En consecuencia, conforme a las consideraciones expuestas, normas legales citadas y a la facultad deber que el ordenamiento jurídico concede al suscrito para controlar la juridicidad de los actos administrativos de su competencia, cumpla con informar a Ud., en relación a vuestra solicitud, que es parecer de esta Dirección que los derechos contemplados en el artículo 206 inc. 5° del Código del Trabajo, a saber, la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo Código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de las cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio, salvo que se trate de

aquellos casos en que dicho bono se ha establecido teniendo en cuenta condiciones de trabajo que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación en comento.

Conforme a lo anterior, téngase por reconsiderada la doctrina contenida en los dictámenes Ords. N°s 4135/088 de 08.10.2007 y 059/2 de 07.01.2010, así como toda otra doctrina contraria a lo sostenido en el presente informe.

Ordinario N° 2909, de 30.06.2017

Sobre la norma citada, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen N° 1.024/021, de 17.02.2016, entre otros, sostuvo que, solo aquellas empresas que deben mantener sala cuna están obligadas a conceder la ampliación del permiso por el tiempo para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a su hijos, de modo que solo pueden exigir dicho beneficio las madres trabajadoras que prestan servicios para tales empresas y en la medida que efectivamente lleven a sus hijos al establecimiento, pero no aquellas que los dejan en su hogar o en otro sitio.

No obstante lo anterior, dicho criterio doctrinario fue reconsiderado por el Dictamen N° 2.495/067, de 07.06.2017 -cuya copia se adjunta para su conocimiento-, considerando que el citado artículo 206 ha establecido en favor de la madre trabajadora el derecho irrenunciable a alimentar al hijo menor de dos años, sin distinguir si el menor asiste o no a la sala cuna, resultando igualmente innegable que del inciso quinto de la disposición aludida, surge un único requisito para generar los dos beneficios accesorios -ampliación del permiso y pasajes-, cual es, que se trate de una empresa que esté obligada a proveer el servicio de sala cuna a sus trabajadoras.

Agrega el pronunciamiento que, “la creación por los dictámenes en cuestión de un requisito adicional para acceder a las prerrogativas consagradas en el artículo 206 inc. 5° del estatuto laboral, como es requerir que la trabajadora haga uso de la sala cuna que otorga su empleador, implica no sólo imponer una exigencia que el legislador no contempla, sino también permite que se produzca un trato diferenciado e infundado entre las trabajadoras al momento de ejercer un mismo derecho, todo lo cual pugna con las bases del ordenamiento jurídico”.

Concluye que es parecer de esta Dirección que los derechos a la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años, por el tiempo

necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre, y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, “le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo Código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de las cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio, salvo que se trate de aquellos casos en que dicho bono se ha establecido teniendo en cuenta condiciones de trabajo que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación en comento”.

A este último pronunciamiento, le es aplicable el principio de la irretroactividad de los actos administrativos y, por consiguiente, solo puede disponer para el futuro, sin afectar situaciones pasadas. Ello, según sostiene la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en el Dictamen Nº 1.669/ 67, de 13.03.1995, se fundamenta en que “las situaciones acaecidas con anterioridad a su vigencia se constituyeron válidamente bajo el imperio de una doctrina emanada del órgano administrativo competente; en otros términos, no resulta factible desconocer la validez de las actuaciones que terceros realizaron ajustándose a lo establecido por la doctrina reconsiderada, toda vez que ello pugnaría con el principio de la certeza que debe inspirar las actuaciones administrativas”.

En el caso concreto que se analiza, al momento de la fiscalización, la doctrina de esta Dirección que se encontraba vigente era aquella que exigía, para efectos de otorgar la ampliación del derecho de alimentación, tanto que la empresa estuviere obligada a otorgar el beneficio de sala cuna, como que la trabajadora estuviere llevando a su hijo al establecimiento designado por el empleador.

Como ya fue señalado, a dicha data la trabajadora no estaba haciendo uso del derecho a sala cuna en los términos previstos por el artículo 203, por lo que no cabe sino concluir, que no le asistía el derecho a la ampliación del derecho de alimentación de su hija menor de dos años.

No obstante lo anterior, desde la emisión del Dictamen Nº 2.495/067, de 07.06.2017, la trabajadora tiene derecho a que se le amplíe la hora de que

dispone para dar alimentos a su hija menor de dos años por el tiempo necesario para el traslado de ida y vuelta, haga o no uso, en definitiva, de la sala cuna que le designó su empleador por carta de fecha 18 de mayo del presente año.

Ordinario N° 6439, de 19.12.2018

Cabe señalar, en primer término, que de acuerdo a lo sostenido en dictamen N° 2495/67, de 07.06.2017, el derecho de alimentación está concebido de manera amplia, pues favorece tanto a las trabajadoras que hacen uso del servicio de sala cuna que provee el empleador como a aquellas que dejan a sus hijos en un lugar distinto mientras trabajan en su hogar, así como también rige para las trabajadoras cuyos empleadores no proveen de sala cuna por no estar obligados conforme al artículo 203 del Código del Trabajo.

En cuanto al derecho a ampliación del tiempo de traslado para la ida y regreso a dar alimentos y el pago del gasto que involucre el traslado, la citada jurisprudencia agrega que dichos derechos tienen el carácter de accesorios, es decir, han sido consagrados para materializar el derecho principal de la madre trabajadora para dar alimentos al hijo menor de dos años, exigiendo como único requisito de procedencia la circunstancia que la trabajadora labore en una empresa obligada a mantener sala cuna.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que tanto el derecho a la ampliación del tiempo de ida y regreso como el del pago de los pasajes proceden en la medida que concorra la causa que justifica su otorgamiento.

En efecto, la ampliación del tiempo al necesario para el viaje de ida y regreso de la trabajadora, responde a la necesidad de garantizar que la hora que dispone la madre para dar alimento no se vea disminuida en razón del tiempo que deba emplear para el traslado.

Trabajadoras a tiempo parcial y trabajadoras que hacen uso del post natal parental en la modalidad de media jornada.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2248/047 de 19.06.2007:

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, tienen derecho al permiso para alimentar a sus hijos que se establece en dicho precepto y el tiempo que

abarca el mismo, no corresponde otorgarlo en forma proporcional a su jornada.

Ordinario N° 0351/007, de 20.01.2012:

1.- Las trabajadoras que hacen uso del permiso postnatal parental por media jornada tienen derecho al permiso de alimentación previsto en el artículo 206 del Código del Trabajo pudiendo ejercerlo a través de cualquiera de las alternativas previstas en dicho precepto, previo acuerdo con el empleador. Igualmente tienen derecho al descanso para colación previsto en el inciso 1º del artículo 34 del mismo Código, sin perjuicio de lo señalado respecto de ambos beneficios en el cuerpo del presente oficio.

6.- La media jornada laboral a que se refiere el artículo 197 bis, se encuentra referida a la mitad de la jornada diaria convenida por la beneficiaria.

Ordinario N° 2797/0140, de 05.05.1995:

"No procede otorgar proporcionalmente el tiempo para alimentar a los hijos contemplado en el artículo 206 del Código del Trabajo, respecto de las trabajadoras con jornada parcial".

Número de horas cuando la trabajadora tiene más de 1 hijo menor de 2 años

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 3362/0102, de 20.08.2003:

"El tiempo máximo de una hora, en dos porciones, que tiene la madre trabajadora para dar alimento a los hijos, establecido por el artículo 206 del Código del Trabajo, es por cada hijo menor de dos años.

Reconsiderase el dictamen N° 5712/330, de 20.10.93 y cualesquiera otra doctrina contraria e incompatible con la expuesta en el presente informe."

El pago de pasajes

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1932, de 28.05.2019

La materia en consulta ha sido resuelta por este Servicio mediante dictamen N° 1086/011 de 26.03.2019, estableciendo que tratándose de una trabajadora que ejerce el derecho alimentar en su domicilio, por cuanto allí se encuentra el menor y ha convenido con su empleador que dicho derecho será ejercido anticipando el término o postergando el inicio de la jornada "... el mayor gasto y esfuerzo en que incurre dicha trabajadora para dar alimento al

menor se disipa si este se encuentra en su propio hogar, siendo razonable que su empleador prescinda de pagar el valor del pasaje que la trabajadora emplea con motivo del traslado, dado que ese gasto se confunde con aquel en que incurre habitualmente la trabajadora en razón de su contrato de trabajo....".

El señalado pronunciamiento agrega: "La trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y ejerce el derecho de alimentación postergando el inicio o anticipando el término de la jornada en una o media hora, no tiene derecho a acceder a los derechos que consagra el inciso 5° del artículo 206 Código del Trabajo, esto es, el valor de los pasajes y la ampliación del lapso de permiso".

La intención del legislador al estatuir los beneficios accesorios al derecho de alimentar, previstos en el inciso 5° del artículo 206 del Código del Trabajo, ha sido la de compensar a las trabajadoras el mayor gasto en que estas pueden incurrir en el ejercicio de tal derecho, como también garantizar que el tiempo de que disponen para dar alimento no se vea disminuido por la necesidad de trasladarse para hacerlo efectivo.

Por tanto, la conclusión contenida en el dictamen N° 1086/011 precitado, constituye la doctrina vigente de este Servicio respecto de las situaciones allí analizadas y la que corresponde aplicar a las trabajadoras de esa Fundación que ejercen el derecho de alimentación bajo la modalidad indicada en dicho pronunciamiento, esto es, anticipando el término o retrasando el inicio de la jornada laboral, en una o media hora.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que las trabajadoras de la Fundación Integra, que ejercen el derecho de alimentar que consagra el artículo 206 del Código del Trabajo, ya sea postergando o anticipando el término de la jornada de trabajo en una o media hora, y cuyos hijos (as) menores de dos años no asisten a un establecimiento de sala cuna, sino que permanecen en el propio hogar, no tienen derecho a exigir los beneficios accesorios a aquél, contemplados en el inciso 5° del mismo precepto legal.

Ordinario N° 2495/067, de 07.06.2017:

En consecuencia, conforme a las consideraciones expuestas, normas legales citadas y a la facultad deber que el ordenamiento jurídico concede al suscrito para controlar la juridicidad de los actos administrativos de su competencia, cumpro con informar a Ud., en relación a vuestra solicitud, que es parecer de esta Dirección que los derechos contemplados en el artículo 206 inc. 5° del Código del Trabajo, a saber, la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo Código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de las cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio, salvo que se trate de aquellos casos en que dicho bono se ha establecido teniendo en cuenta condiciones de trabajo que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación en comento.

Conforme a lo anterior, téngase por reconsiderada la doctrina contenida en los dictámenes Ords. N°s 4135/088 de 08.10.2007 y 059/2 de 07.01.2010, así como toda otra doctrina contraria a lo sostenido en el presente informe.

Ordinario N° 6777/0345, de 07.11.1997:

"De los preceptos transcritos se infiere que el permiso de que gozan las madres para dar alimento a sus hijos y que consiste, tal como se señalara en párrafos precedentes, en disponer para tal efecto de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, debe ampliarse en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta, debiendo el empleador, además, pagar, tanto el valor de los pasajes correspondientes al transporte que deba usarse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento, como el que debe utilizar la madre para ir a alimentar a su hijo.

Ahora bien, en relación con la última obligación del empleador de pagar el valor de los pasajes por el transporte ya indicado, cabe tener presente la reiterada jurisprudencia de este Servicio en materia de pago de asignaciones

de movilización, como es el caso de aquella que estableció el artículo 20 del D.L. N° 97, de 1973, respecto de la cual, habida consideración del carácter compensatorio del beneficio, se exigía para su procedencia, la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- 1) Que el dependiente debiere incurrir en gastos de movilización para trasladarse de su domicilio al lugar de las faenas, y*
- 2) Que existiera un servicio de locomoción colectiva que cubriera el trayecto que debía hacer el trabajador para llegar al sitio del trabajo.*

De lo expuesto precedentemente y atendida la igual naturaleza del beneficio en comento cabe concluir que los requisitos anteriores son aplicables, a juicio de este Servicio, a la obligación que recae sobre el empleador contenida en la disposición anteriormente citada, de lo cual resulta que, si la trabajadora debe incurrir en gastos de movilización para trasladarse con su hijo a la sala cuna o para concurrir a darle alimento y existe un servicio de locomoción colectiva que una el trayecto que deba hacer para cumplir las funciones anotadas, el empleador estará obligado al pago del gasto consiguiente.

A mayor abundamiento, cabe agregar que, atendido a que la ley no precisa la distancia que debe existir entre la sala cuna y el lugar de trabajo de la dependiente que la utiliza para establecer la obligación de pago del gasto de traslado, ni el medio de locomoción que exista, limitándose la norma a hacer mención al "transporte que deba emplearse para la ida y regreso", se estima pertinente señalar que deberá estarse a la situación de hecho configurada, la que debe ser ponderada y analizada en cada caso a fin de determinar la exigencia del pago correspondiente".

Ordinario N° 4201/0194, de 19.07.1994:

"De lo expuesto precedentemente y atendida la igual naturaleza del beneficio en comento cabe concluir que los requisitos anteriores son aplicables, a juicio de este Servicio, a la obligación que recae sobre el empleador contenida en la disposición en análisis, de lo cual resulta que, si la trabajadora debe incurrir en gastos de movilización para trasladarse con su hijo a la sala cuna o para concurrir a darle alimento y existe un servicio de locomoción colectiva que una el trayecto que deba hacer para cumplir las funciones anotadas, el empleador estará obligado al pago del gasto consiguiente.

A mayor abundamiento, cabe agregar que, atendido a que la ley, como se señalara, no precisa la distancia que debe existir entre la sala cuna y el lugar de trabajo de la dependiente que la utiliza para establecer el pago de gasto de traslado, ni el medio de locomoción que exista limitándose la norma a hacer mención al "transporte que debe emplearse para la ida y regreso", se estima pertinente señalar que deberá estarse a la situación de hecho configurada, la que debe ser ponderada y analizada en cada caso por un fiscalizador a fin de determinar la exigencia del pago del o los pasajes correspondientes".

Ordinario N° 2366, de 23.05.2018:

En cuanto al derecho de alimentación, cabe recordar que la doctrina de este Servicio, contenida en dictamen N° 2495/67, de 07.06.2017, resolvió que la ampliación del permiso para alimentar al hijo menor de dos años al tiempo que comprenda el viaje de ida y regreso de la madre, así como también el pago del gasto correspondiente al traslado, son derechos que deben ser reconocidos a todas las dependientes que gozan del derecho de alimentación, con independencia del lugar en que mantengan al hijo menor de dos años.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la circunstancia de gozar del derecho de alimentación, no conlleva necesariamente el derecho a impetrar los beneficios accesorios que de él se derivan, toda vez que para ello se requiere que concurra la causa que justifica su otorgamiento.

En efecto, la ampliación del tiempo al necesario para el viaje de ida y regreso de la trabajadora, responde a la necesidad de garantizar que la hora que dispone la madre para dar alimento no se vea disminuida en razón del tiempo que deba emplear para el traslado.

Por su parte, la obligación que pesa sobre el empleador de pagar los gastos de traslado, tiene por finalidad compensar el mayor gasto en que pueda incurrir la trabajadora que hace uso del derecho de alimentación.

Así, entonces, tratándose del derecho de alimentación de una trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y anticipa el término de su jornada en una hora, no se advierte la existencia de un gasto adicional que deba ser cubierto por el empleador.

Lo anterior es sin perjuicio del derecho de la trabajadora a seguir percibiendo la asignación de movilización, en el evento de haberse pactado expresamente

en el contrato de trabajo, o estar comprendida en el mismo como cláusula tácita.

Ordinario N° 2427, de 28.05.2018:

Al respecto, cabe recordar que la doctrina de este Servicio, contenida en dictamen N° 2495/67, de 07.06.2017, resolvió que la ampliación del permiso para alimentar al hijo menor de dos años al tiempo que comprenda el viaje de ida y regreso de la madre, así como también el pago del gasto correspondiente al traslado, son derechos que deben ser reconocidos a todas las dependientes que gozan del derecho de alimentación, con independencia del lugar en que mantengan al hijo menor de dos años.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que la circunstancia de gozar del derecho de alimentación, no conlleva necesariamente el derecho a impetrar los beneficios accesorios que de él se derivan, toda vez que para ello se requiere que concurra la causa que justifica su otorgamiento.

En efecto, la ampliación del tiempo al necesario para el viaje de ida y regreso de la trabajadora, responde a la necesidad de garantizar que la hora que dispone la madre para dar alimento no se vea disminuida en razón del tiempo que deba emplear para el traslado.

Por su parte, la obligación que pesa sobre el empleador de pagar los gastos de traslado, tiene por finalidad compensar el mayor gasto en que pueda incurrir la trabajadora que hace uso del derecho de alimentación.

En tales circunstancias, no cabe sino concluir que la trabajadora que mantiene a su hijo menor de dos años en su hogar y posterga el inicio de su jornada en una hora para hacer uso del derecho de alimentación, no tiene derecho al pago de los gastos de traslado por no existir un gasto adicional al que habitualmente emplea para transportarse desde su domicilio al lugar donde se prestan los servicios.

Lo anterior es sin perjuicio del derecho de la trabajadora a seguir percibiendo la asignación de movilización pactada en el contrato de trabajo.

Ordinario N° 6439, de 19.12.2018

Por su parte, la obligación que pesa sobre el empleador de pagar los gastos de traslado, tiene por finalidad compensar el mayor gasto en que pueda incurrir la trabajadora que hace uso del derecho de alimentación.

De tal suerte no cabe sino concluir que la modalidad elegida por la trabajadora para el ejercicio del derecho de alimentación resulta indiferente para efectos de resolver sobre la procedencia de los derechos accesorios en estudio, los que deberán ser otorgados cada vez que concurra alguna de las circunstancias que lo hacen procedente, previo análisis del caso particular.

Lo anterior guarda armonía con la jurisprudencia contenida en dictamen N° 2309/38, de 07.05.2015, que resuelve: "...si la madre trabajadora ha acordado con su empleador la opción de la letra c) de la norma, tendrá derecho tanto a la ampliación del período de tiempo a que tiene derecho para dar alimento a sus hijos menores de dos años, en lo necesario para el viaje de ida y vuelta, como a que su empleador le pague el valor de los pasajes que ella deba emplear al efecto".

En cuanto a la procedencia de pagar el valor de los pasajes, cuando las partes tienen pactada una asignación de movilización, cabe señalar que ambos gastos responden a causas distintas, resultando jurídicamente improcedente imputar la asignación de movilización a la obligación que establece el inciso 5° del artículo 206, de pagar los gastos de traslado en que incurre la trabajadora que hace uso del derecho de alimentación.

Utilización de las horas de permiso de alimentación, de las trabajadoras que prestan servicios en sistemas excepcionales de distribución de jornada de trabajo y descansos en faenas ubicadas en lugares apartados de centros urbanos

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4.240, de fecha 28.10.2014.

De la disposición legal precedentemente transcrita, se infiere que el legislador ha otorgado a las madres trabajadoras el derecho a disponer, a lo menos, de una hora diaria para alimentar a sus hijos menores de dos años, beneficio que no podrá ser renunciado en forma alguna, aún cuando no goce del derecho a sala cuna, en conformidad al artículo 203 del Código del Trabajo.

La norma en comento agrega que el tiempo que la trabajadora utilice para dichos fines se considera trabajado para todos los efectos legales.

Asimismo, del precepto en análisis, se desprende que el beneficio en estudio puede ser ejercido, preferentemente, en la sala cuna o, en su defecto, en el

lugar en que se encuentre el menor, mediante cualquiera de las tres modalidades que la norma contempla, la que en todo caso debe ser acordada con el empleador. Cabe señalar que la jurisprudencia vigente y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 2248/047, de 19.06.2007, establece que a falta de acuerdo entre las partes al respecto, prevalecerá la opción por la que la madre hubiere optado.

Finalmente, se colige que tratándose de empresas obligadas a mantener salas cunas, el período de tiempo de que tienen derecho a disponer las trabajadoras para efectos de dar alimento a sus hijos, se ampliará al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre, estando el empleador obligado a pagar el valor de los pasajes por el transporte de ida y regreso, que ésta deba emplear.

Lo expuesto precedentemente, permite concluir que a las trabajadoras con hijos menores de dos años, afectas a un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos, por quienes se consulta, les asiste, igualmente, el derecho de alimentación consagrado en el artículo 206 del Código del Trabajo.

Resuelto lo anterior, cabe determinar si, en la especie, resulta procedente que las partes suscriban un acuerdo, en virtud del cual la trabajadora podrá ejercer el derecho de alimentación en forma acumulada.

Sobre el particular, cabe señalar que la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 421/006, de 28.01.2009, ha señalado al respecto que “...no resulta ajustado a derecho un acuerdo entre empleador y trabajadora que tenga por objeto que ésta haga uso del derecho a alimentar que contempla el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, en forma acumulada una vez a la semana”.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, este Servicio ha precisado que la doctrina en análisis sólo resulta aplicable a las trabajadoras sujetas a un régimen de trabajo que no implica la imposibilidad absoluta de éstas de trasladarse diariamente a su domicilio o al lugar en que se encuentra el menor, pero no así respecto de aquellas que, como en la especie, están afectas a regímenes excepcionales de distribución de jornada y descansos autorizados por este Servicio, en virtud de la facultad conferida por el artículo 38 inciso 6° del Código del Ramo.

En efecto, cabe anotar que las resoluciones en virtud de las cuales este Servicio autoriza un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos, son otorgadas en razón de las especiales particularidades de la prestación de servicios y de la distancia existente entre el lugar en que éstos han de desarrollarse y la morada de los trabajadores, lo cual, impide el desplazamiento diario, lo que implica, a su vez, la existencia de jornadas continuas de trabajo que superan el límite de distribución semanal previsto en el artículo 28 del Código del Trabajo.

Tales circunstancias permiten constatar que, en la especie, existe imposibilidad por parte de las trabajadoras sujetas a dicho sistema excepcional, para ejercer diariamente el derecho de alimentación que se les confiere.

Sin perjuicio de lo anterior y a fin de compatibilizar tales sistemas excepcionales con el derecho irrenunciable de alimentar a los hijos menores de dos años que a toda mujer garantiza el ordenamiento jurídico, preciso es convenir que, en el caso en consulta, resulta jurídicamente procedente que las partes acuerden la acumulación del beneficio, teniendo presente que, como ya se expresara, el ejercicio diario del mismo se hace impracticable.

La conclusión anotada precedentemente, se sustenta en la primacía otorgada a un derecho irrenunciable como el que se analiza, permitiendo que éste sea ejercido aún en condiciones laborales adversas, como las ya descritas, teniendo en consideración, además, que la referida acumulación es la única forma de hacer aplicable el aludido derecho, en beneficio de la madre y, en especial, del hijo.

El criterio recién expuesto, guarda armonía, por lo demás, con la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en Ords. N°s. 875, 1412 y 1616, de 25.02.2013, 04.04.2013 y 02.05.2014, respectivamente.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que a las trabajadoras afectas a un sistema excepcional de distribución de jornada y descansos, que prestan servicios en faenas ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, les asiste el derecho de alimentación consagrado en el artículo 206 del Código del Trabajo, resultando procedente que para su ejercicio las partes acuerden la

acumulación del beneficio, atendido que el ejercicio diario del mismo se hace impracticable.

Con todo, se debe tener presente que una medida excepcional como la de la especie, debe aplicarse restrictivamente, previo análisis de las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento de este Servicio, a efectos de determinar la imposibilidad de ejercer diariamente el derecho que nos ocupa, con el fin de evitar que éste se vea desvirtuado en perjuicio del menor.

Ordinario Nº 3149/045, de 23.06.2015.

Ahora bien, de la modificación introducida por la ley Nº 20.761, que incorpora los incisos 6º, 7º y 8º al citado precepto legal, fluye que el derecho de alimentación se extiende a los padres trabajadores, pudiendo éstos ejercer tal prerrogativa, cuando así lo hayan acordado ambos progenitores.

A su vez, de la nueva normativa se infiere que en caso de que el padre tenga a su cargo el cuidado personal o tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, o bien, la madre hubiese fallecido, o por cualquier causa no le sea posible hacer uso del permiso en comento, lo ejercerá el padre.

Finalmente, se desprende que podrá ejercer el derecho en cuestión la trabajadora o trabajador a quien se le haya conferido el cuidado personal o tuición de un menor conforme a la ley Nº 19.620, o como medida de protección en virtud del número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores, en cuyo caso, además, se extiende el beneficio al cónyuge, en los términos precisados en acápite precedentes.

De esta suerte, analizado el caso en consulta a la luz de las modificaciones incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico laboral en materia de protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, resulta posible afirmar que cuando la madre se encuentra impedida de ejercer diariamente el derecho de alimentación, atendido que las faenas en donde presta sus servicios se encuentran ubicadas en lugares apartados de centros urbanos, como ocurre en la especie, tal derecho podrá ser ejercido por el padre, cuando así lo acuerden ambos progenitores.

Precisado lo anterior, se hace necesario determinar si resultaría procedente que la trabajadora ejerza el derecho de alimentación en forma acumulada, suscribiendo un acuerdo con su empleador en tal sentido.

Sobre el particular, cabe señalar que la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 421/006, de 28.01.2009, ha señalado al respecto que “...no resulta ajustado a derecho un acuerdo entre empleador y trabajadora que tenga por objeto que ésta haga uso del derecho a alimentar que contempla el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, en forma acumulada una vez a la semana”.

Sin perjuicio de lo expresado, dable es precisar que este Servicio ha emitido pronunciamientos, contenidos en Ordinarios N°s. 875, 1412, 1616 y 4240, de 25.02.2013, 04.04.2013, 02.05.2014 y 28.10.2014, respectivamente, que aceptan la acumulación del derecho de alimentos cuando la trabajadora se encuentra afectada a un régimen de trabajo que imposibilita el ejercicio diario del mismo –atendida la naturaleza de los servicios o el lugar en que deben prestarse–, doctrina que a la luz de las nuevas disposiciones que rigen la materia, resulta del todo aplicable.

En tal sentido, el acuerdo que se suscriba para tales efectos deberá indicar el número total de horas que el empleador deberá otorgar a la madre trabajadora, para compensar aquellas que no pudo hacer efectivas durante el ciclo de trabajo, atendidas las especiales condiciones de prestación de los servicios.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal, transcrita y comentada, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que resultaría jurídicamente procedente acumular el derecho de alimentación cuando –como ocurre en la especie– la madre se encuentra impedida de ejercer diariamente el mismo, atendido que las faenas en donde presta sus servicios se encuentran ubicadas en lugares apartados de centros urbanos.

Ordinario N° 2304/040, de 27.04.2016.

De la norma legal transcrita, se infiere que el legislador ha otorgado a las madres trabajadoras el derecho a disponer, a lo menos, de una hora diaria para alimentar a sus hijos menores de dos años, beneficio que no podrá ser renunciado en forma alguna, aún cuando no goce del derecho a sala cuna, en conformidad al artículo 203 del Código del Trabajo.

La norma en comento agrega que el tiempo que la trabajadora utilice para dichos fines se considera trabajado para todos los efectos legales.

Asimismo, del precepto en análisis, se desprende que el beneficio en estudio puede ser ejercido, preferentemente, en la sala cuna o, en su defecto, en el lugar en que se encuentre el menor, mediante cualquiera de las tres modalidades que la norma contempla, la que en todo caso debe ser acordada con el empleador. Cabe señalar que la jurisprudencia vigente y uniforme de este Servicio, contenida, entre otros, en Dictamen N° 2248/047, de 19.06.2007, establece que a falta de acuerdo entre las partes al respecto, prevalecerá la opción por la que la madre hubiere optado.

Ahora bien, para resolver en el caso en examen, sobre una eventual acumulación de la hora diaria con que al menos cuenta la madre trabajadora para dar alimento a su hijo o hija menor de dos años, cabe transcribir y tener presente parte del Dictamen N° 2248/047, de 19.06.2007, mediante el cual esta Dirección fijó el sentido y alcance del actual artículo 206 del Código del Trabajo, sustituido por el número 2 del artículo único de la Ley N° 20.166.

“En efecto, en la Discusión del Proyecto, en Tercer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Legislatura 354, Sesión 123, intervino la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora Laura Albornoz, expresando que la iniciativa impone a todos los empleadores la obligación de otorgar una porción de tiempo a las trabajadoras para dar alimento a sus hijos, tenga o no sala cuna. El proyecto constituye un avance cierto en la protección de los derechos de la maternidad y, al mismo tiempo, versa sobre la igualdad de oportunidades que debe existir entre trabajadores y trabajadoras, a la que, como país, nos hemos obligado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con la mujer, Cedaw, y el Convenio N° 156 sobre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, de la Organización Internacional del Trabajo”.

“La alimentación de sus hijos e hijas es un derecho importantísimo de las madres, que excede el campo laboral y contribuye al futuro del país, porque todos sabemos lo importante que es el apego y la lactancia materna para el desarrollo de nuestro niños y niñas”....”Con el proyecto queremos garantizar que todas las trabajadoras de Chile, y no sólo algunas, tengan el derecho de alimentar a sus hijos e hijas”.

Así entonces, se infiere de la historia del establecimiento de la Ley N° 20.166, que el legislador al ampliar y perfeccionar el derecho de la madre, y eventualmente el del padre, a dar alimentos a sus hijos menores, ha invocado

desde luego como factores de primera importancia, el apego y la lactancia materna, que permiten una adecuada alimentación, desarrollo y crecimiento de éstos, lo que a su vez, crea condiciones para una temprana y mejor constitución psicológica y emocional del menor. Asimismo, esta normativa propende cultural y jurídicamente a una estrecha y general cercanía de la madre y del padre con sus niños y niñas, e implica dar importancia y relevancia en el contexto de los diversos tipos de familia existentes, el valioso propósito de democratizar e igualar oportunidades de convivencia y encuentro de padres e hijos menores, independiente de la condición laboral, económica y cultural de éstos.

Tales supuestos se han reflejado, a su turno, en la jurisprudencia administrativa de esta Dirección.

Efectivamente, el Dictamen Nº 3149/045, de 23.06.2015, ha dejado establecido que, “resultaría jurídicamente procedente acumular el derecho a alimentación cuando -como ocurre en la especie- la madre se encuentra impedida de ejercer diariamente el mismo, atendido que las faenas en donde presta sus servicios se encuentran ubicadas en lugares apartados de centros urbanos”. Las razones que se hacen valer para arribar a tal conclusión, son de especial interés tenerlas presente y ponderarlas. “La conclusión anotada precedentemente, se sustenta en la primacía otorgada a un derecho irrenunciable como el que se analiza, permitiendo que éste sea ejercido en condiciones laborales adversas, como las ya descritas, teniendo en consideración, además, que la referida acumulación es la única forma de hacer aplicable el aludido derecho, en beneficio de la madre y, en especial, del hijo”.

En la situación concreta que se examina, la distancia existente entre Concepción y Los Ángeles, claramente y sin lugar a dudas, importa un impedimento que hace impracticable que diariamente la madre suministre alimentos a su hijo. Como se ha visto, sin embargo, la importancia de proporcionar alimentos al menor involucra beneficios que trascienden los aspectos meramente orgánicos, pues alcanza a la formación y desarrollo emocional, psíquico, social e intelectual de éste. Por la naturaleza de estos últimos beneficios, lo ideal sería que la interacción madre e hijo se viviera cotidiana y diariamente, pero no siendo ello posible, no cabe de modo alguno descartar un acuerdo en que empleador y trabajadora contemplen una forma alternativa y viable de hacer efectivo este derecho esencial e irrenunciable.

Ciertamente, la ingestión de alimentos es indefectible y perentoria, debiéndose concretar en forma permanente e ininterrumpida, en tiempos acotados y precisos. Distinta es la cercanía y el apego, cuyos efectos saludables y beneficiosos pueden perfectamente prodigarse sin una rigurosa provisión diaria ni horarios determinados; es sabido, que la calidad del vínculo emocional madre e hijo, es relativamente independiente de la cantidad y frecuencia de tiempo de que se disponga, como toda relación -por lo demás- en que prime la intimidad y el cariño.

En tales condiciones, es posible concluir que la hora diaria que el legislador ha destinado para que la madre alimente a su hijo, en caso que resulte impracticable este encuentro, pueda acumularse semanal, quincenal, mensualmente o en términos que sea de mutua conveniencia para empleador y trabajadora. Por el contrario, atendida la indubitada voluntad del legislador, trasgrede el ordenamiento jurídico laboral destinar este tiempo diario de la madre al desempeño de sus labores pactadas en el contrato de trabajo, en circunstancias que clara y explícitamente la ley le ha atribuido a estos lapsos un destino distinto.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales, jurisprudencia administrativa y consideraciones formuladas, cúpleme manifestar que el Liceo Alemán del Verbo Divino de Los Ángeles, deberá acordar a la brevedad con su docente dependiente a que se refiere en su presentación, las acumulaciones de tiempo diario legalmente destinadas a dar alimento a su hijo o hija, relevándola del desempeño de sus labores en los términos y medida que se pacten.

Cálculo remuneración íntegra durante el permiso de alimentación hijo menor de 2 años.

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 1900/0108, de 09.04.1999:

"El legislador ha otorgado a las madres el derecho a disponer, para alimentar a sus hijos, de dos porciones de tiempo que, en conjunto, no excedan de una hora al día, las que se consideran trabajadas en forma efectiva para los efectos de su pago, cualquiera sea el sistema de remuneración a que estén sujetas.

Asimismo, agrega dicha norma que el derecho a usar de este tiempo con el

objeto indicado, no puede ser renunciado bajo concepto alguno".

Ordinario N° 7489/0346, de 30.12.1992:

"No es jurídicamente procedente descontar el tiempo de permiso a que alude el artículo 191 del Código del Trabajo de la remuneración que corresponde percibir a las trabajadoras por concepto de sobresueldo".

Ordinario N° 2640/0104, de 06.05.1996:

"La norma del inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, que establece que las proporciones de tiempo para dar alimento a los hijos, se consideran como efectivamente trabajadas para los efectos de percibir la respectiva contraprestación en dinero, resulta aplicable a las trabajadoras remuneradas a trato.

La remuneración correspondiente a la hora de permiso, antes referida, de las trabajadoras remuneradas a trato debe determinarse sumando el total de lo percibido por tal concepto durante el mes y, dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso".

Ordinario N° 2922/056, de 21.07.2011:

Las comisiones devengadas en el respectivo período de pago por las vendedoras comisionistas que se desempeñan para Salcobrand S.A. deben considerarse para efectos de pagarles el tiempo que utilizan con el fin de dar alimento a sus hijos en conformidad a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, calculándose el valor de la hora correspondiente al permiso diario otorgado para dichos efectos en la forma señalada en el cuerpo del presente informe.

En lo concerniente a las comisiones, es del caso hacer presente, en armonía con la jurisprudencia de esta Dirección contenida en los dictámenes números 1933/029, de 3 de mayo de 2011 y 2640/104, de 6 de mayo de 1996, que no existiendo norma legal que regule la materia, el valor de la hora correspondiente al permiso diario para dar alimento a los hijos menores de dos años, debe determinarse sumando el total de lo percibido por dicho concepto durante el respectivo mes y dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso.

Ordinario N° 1933/029, de 03.05.2011:

Las comisiones devengadas en el respectivo período de pago por las vendedoras comisionistas que se desempeñan para XX (XXMall Plaza Vespucio) deben considerarse para efectos de pagarles el tiempo que utilizan con el fin de dar alimento a sus hijos en conformidad a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo.

En lo concerniente a las comisiones, es del caso hacer presente, en armonía con la jurisprudencia de esta Dirección contenida en el punto 2) del dictamen N° 2640/104, de 6 de mayo de 1996, que no existiendo norma legal que regule la materia, el valor de la hora correspondiente al permiso diario para dar alimento a los hijos menores de dos años debe determinarse sumando el total de lo percibido por dicho concepto durante el respectivo mes y dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso.

TEMA 4

PERMISOS POR ENFERMEDAD GRAVE DE HIJO Y PARA PADRES DE HIJOS CON DISCAPACIDAD

Permiso por accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de hijo menor de 18 años, por hijos con discapacidad

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 4243/088, de 28.10.2011:

Del análisis de la disposición legal antes citada se desprende lo siguiente:

I.- Permiso laboral, duración y distribución:

Se contempla el derecho a permiso para ausentarse del trabajo, por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador en jornadas completas, parciales o en combinación de ambas, que se considerarán trabajadas para todos los efectos legales, en razón de la necesidad de la atención personal de menores o mayores de edad que estén bajo el cuidado del trabajador, que se encuentren en las situaciones especiales que se indican:

II.- Motivo y personas causantes del permiso:

a) La salud del hijo menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres, por encontrarse en riesgo vital por afectarle:

1.- Accidente grave,

2.- Enfermedad terminal en su fase final, y

3.- Enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte.

Las circunstancias anotadas del accidente y de la enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado del médico que tenga a su cargo la atención del menor;

b) Por discapacidad de la persona bajo cuidado; respecto de la cual hay que distinguir si es menor de 18 años, debe estar inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad; si es menor de 6 años, tener el diagnóstico del médico tratante, y si es mayor de 18 años, que sea discapacitado mental, por causa psíquica o intelectual, o multidéficit, o con dependencia severa.

Estos causantes, por la sola circunstancia de serlo y aún cuando no se encuentren en riesgo vital como los otros casos contemplados en la norma legal, pero necesiten una atención especial por su condición, son los que la ley Nº 20.535 ha incorporado al permiso en estudio, que con anterioridad sólo comprendía a los causantes menores indicados en los números 1, 2 y 3.

1.- Concepto de discapacitado:

Cabe hacer presente, que la ley Nº 20.422, que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, en su artículo 5º define lo que debe entenderse por discapacidad, señalando que: “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”

Ahora bien, en relación con la definición anterior y con la historia de la ley en estudio, corresponde precisar que discapacitado para los fines perseguidos por la ley sería la persona que no es auto valente, es decir, que no puede por su condición valerse o sostenerse por sí misma. No sería el caso, por ejemplo, de una persona aquejada de sordera, que no obstante tener una discapacidad podría valerse por sí misma, sin requerir el apoyo y la asistencia permanente de otra persona.

Aclarado lo anterior, en relación al discapacitado, se hace necesario analizar lo siguiente:

2.- Requisitos respecto del discapacitado menor de 18 años:

- a) *Encontrarse inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad; y*
- b) *Disponer de certificación de la discapacidad por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez o COMPIN.*

En cuanto al requisito de encontrarse el discapacitado menor de 18 años inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, para efectos de dar derecho al permiso, como lo dispone el inciso 5º nuevo del artículo 199 bis, agregado por la ley Nº 20.535, cabe precisar, que el inciso 1º del artículo 55 de la ley Nº 20.422, publicada en el Diario Oficial de 10.02.2010, que Establece

Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, establece:

“El Registro Nacional de la Discapacidad, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, tiene por objetivo reunir y mantener los antecedentes de las personas con discapacidad y de los organismos que se señalan en el artículo siguiente, en la forma que establezca el reglamento.”

En seguida, también el artículo 56, de la misma ley N° 20.422, en su letra a), dispone:

“El Registro Nacional de la Discapacidad deberá:

“a) Inscribir a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.”

De este modo, para dar cumplimiento al requisito legal exigido para el permiso respecto de discapacitados menores de 18 años, el Servicio de Registro Civil e Identificación lleva un Registro Nacional de la Discapacidad, en el cual se reúnen, mantienen los antecedentes y se inscribe a las personas aquejadas de discapacidad, la que debe ser certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, COMPIN.

3) Requisito respecto del discapacitado menor de 6 años:

La ley solo exige que su condición haya sido determinada por el médico tratante.

4) Requisitos respecto del discapacitado mental mayor de 18 años:

La ley señala que debe tratarse de discapacidad por causa psíquica o intelectual, o multidéficit, que igualmente deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de la Discapacidad y certificada su condición por la COMPIN.

5) Requisitos respecto de las personas mayores de 18 años que presenten dependencia severa.

Al respecto, el artículo 6º, letra e) de la ley N° 20.422, ya citada, define el concepto de dependencia, señalando que es: “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de una o más deficiencias de causa física, mental o sensorial, ligada a la falta o

pérdida de autonomía, requieren de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades esenciales de la vida.”

En este caso podrían encontrarse, entre otras, las personas de edad avanzada, aquejadas de enfermedad física, mental o de los sentidos, que para realizar sus actividades esenciales de la vida requieran la asistencia y apoyo permanente de otra persona.

Estas circunstancias podrán ser acreditadas mediante certificado del médico tratante.

Aclarado los motivos, las personas y las circunstancias que fundamentan el permiso laboral, se hace necesario determinar quiénes tienen derecho a invocarlo:

III.- Trabajadores beneficiarios del permiso laboral:

a) Los padres, pero en primer término la madre, y a elección suya el padre, si ambos son trabajadores dependientes. Lo será el padre, si tuviere la tuición judicial del menor por sentencia judicial, o si la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada para hacer uso del permiso por cualquier causa;

b) A falta de los padres, el trabajador que acredite tener la tuición y cuidado del menor, también por sentencia judicial, por ser éste el modo de constituir legalmente la tuición y el cuidado personal del menor.

c) En el caso de los discapacitados, son beneficiarios a falta de los padres, es decir de la madre en primer lugar y del padre que sean trabajadores en las condiciones antes indicadas:

1) El trabajador que tenga el cuidado personal, por sentencia judicial, y

2) Los trabajadores que sean cuidadores de los menores o mayores discapacitados, en los términos de la letra d) del artículo 6º de la ley N° 20.422, antes citada, según el inciso 5º del artículo 199 bis, antes transcrito, que señala:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por:

“d) Cuidador: Toda persona que proporciona asistencia permanente, gratuita o remunerada, para la realización de actividades de la vida diaria, en el entorno del hogar, a personas con discapacidad, estén o no unidas por vínculos de parentesco.”

A su vez, el artículo 56 letras b) y d), en lo pertinente, de la misma ley N° 20.422, precisa:

“El Registro Nacional de la Discapacidad deberá:

“b) Inscribir a las personas naturales que presten servicios de apoyo o de asistencia a personas con discapacidad. “.. y

“d) Otorgar las credenciales de inscripción y los certificados que determine el reglamento.”

De esta forma, es considerado cuidador de una persona con discapacidad, toda persona natural que le proporciona servicio de apoyo o asistencia de manera permanente, gratuita o remunerada, para la realización de actividades de la vida diaria, en el entorno del hogar, sea que esté unida o no a ella por vínculo de parentesco, inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, y que acredite tal condición con certificado emitido por el mismo Registro.

Establecido los trabajadores que tienen derecho al permiso laboral y cualquiera sea el motivo que lo fundamente, cabe señalar que el tiempo que éste comprenda se encuentra sujeto a restitución de acuerdo a los siguientes mecanismos o modalidades:

IV.- Restitución del tiempo del permiso. Modalidades:

Del tenor de los incisos 3º, y 5º nuevo, del artículo 199 bis del Código, se desprende que el tiempo del permiso laboral tanto para el caso de los menores en riesgo vital como de los discapacitados ya precisados, deberá ser restituido por el trabajador beneficiario que lo ocupó a través de los siguientes mecanismos o modalidades:

1) Imputación al próximo feriado anual, laborando horas extraordinarias, o a través de cualquier forma que se convenga libremente con el empleador.

2) Tratándose de trabajadores regidos por estatutos legales que contemplen la concesión de días administrativos, el permiso se hará efectivo en primer lugar ocupando dichos días, posteriormente, si fuere el caso, imputándolo al próximo feriado anual, o a días administrativos del año siguiente, o por último, a horas extraordinarias.

3) De no ser posible aplicar los mecanismos antes señalados de restitución del tiempo del permiso, éste se podrá descontar de las remuneraciones mensuales

del trabajador, con el tope de un día por mes, o fraccionado según el sistema de pago, o íntegramente, si termina el contrato de trabajo por cualquier causa.

Por otra parte, cabe derivar que la ley N° 20.535, ha introducido la exigencia para el trabajador de dar aviso al empleador de la utilización del permiso laboral, cualquiera sea el motivo del mismo ya analizado, aviso que no se regulaba en el texto anterior del artículo 199 bis del Código del Trabajo.

V.- Aviso de utilización del permiso laboral:

En todo caso, cualquiera sea la causa o el motivo de la ausencia al trabajo por utilización de todos los permisos del artículo 199 bis citado, el trabajador beneficiario deberá dar aviso al empleador dentro de las 24 horas siguientes a la ausencia laboral. Cabe hacer notar que la oportunidad de dar este aviso es con posterioridad al inicio de la utilización del permiso, y guardaría similitud con la oportunidad de entrega de la licencia médica al empleador, de dos días a contar del inicio de la ausencia al trabajo, como se trató en la discusión del proyecto en el Parlamento. Con todo, se estima que nada impediría que el trabajador pueda avisar al empleador de su ausencia en uso del permiso con anterioridad o coetáneamente al inicio de su uso, si la situación que lo justifica lo permite. Si bien el legislador no precisó que el aviso debía ser por escrito, existen razones para considerar que así debiera ser, atendido la asimilación que se hizo en la discusión del proyecto con la licencia médica.

Ordinario N° 3713/40, de 25.09.2013:

En cuanto al requisito para acceder al beneficio del permiso laboral consagrado en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, tratándose de un menor con discapacidad o un mayor de 18 años con discapacidad mental o dependencia severa, es dable señalar que durante la discusión parlamentaria de la ley N° 20.535, se estableció que, para evitar un uso eventualmente irresponsable o abusivo de este derecho, la normativa se orientaría a personas que no son autovalentes, toda vez que la circunstancia de padecer de una discapacidad no obsta a su autovalencia, como ocurre con los sordomudos, y, en segundo lugar, se dispuso que el beneficio procedería tratándose de personas inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante, reduciéndose de esta manera el riesgo de mal uso del permiso en cuestión.

Con arreglo a lo manifestado, forzoso resulta concluir que para tener derecho al permiso laboral respecto de menores con discapacidad y mayores de 18 años con discapacidad mental o dependencia severa, basta la inscripción de los mismos en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en la ley N° 20.422, cuyo artículo 13, inciso 4° establece:

"La certificación de la discapacidad sólo será de competencia de las comisiones de medicina preventiva e invalidez".

Por su parte, el artículo 17 del citado cuerpo legal dispone:

"La Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, una vez que certifique la discapacidad, remitirá los antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación, para su inscripción."

Luego, el artículo 56 letra a) del texto en comento prescribe:

"El Registro Nacional de la Discapacidad deberá:

a) Inscribir a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez"

Analizada la situación de las personas con discapacidad por quienes se consulta, a la luz de la normativa precitada, preciso es sostener que, salvo la situación del menor de seis años que, como se dijera, exige el diagnóstico del médico tratante, la sola inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad es antecedente suficiente para dar por establecida la correspondiente certificación por parte de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, por constituir esta última, un supuesto previo para proceder a la inscripción, resultando del todo inoficioso la exigencia de contar con el certificado de la discapacidad.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas y disposiciones legales citadas, cúpleme informar a Ud. que se acoge la reconsideración del Dictamen N° 4243/088, de 28.10.2011, sólo en lo que dice relación con el requisito exigido para acceder al beneficio del permiso laboral consagrado en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, tratándose de un menor con discapacidad o un mayor de 18 años con discapacidad mental o dependencia severa, ratificándose los términos del dictamen referido en todo lo demás.

Ordinario Nº 1.540, de 30.03.2015.

De la norma legal precedentemente transcrita, se infiere que la madre trabajadora tiene el derecho a un permiso para ausentarse del trabajo, por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de la dependiente en jornadas completas, parciales o en combinación de ambas, que se considerarán trabajadas para todos los efectos legales, en razón de la necesidad de la atención personal de menores o mayores de edad que estén bajo su cuidado y que se encuentren en las situaciones especiales que se indican:

a) La salud del hijo menor de 18 años requiere la atención personal de sus padres, por encontrarse en riesgo vital por afectarle:

1.-Accidente grave,

2.-Enfermedad terminal en su fase final, y

3.-Enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte.

Las circunstancias anotadas del accidente y de la enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado del médico que tenga a su cargo la atención del menor;

b) Por discapacidad de la persona bajo cuidado; respecto de la cual hay que distinguir si es menor de 18 años, debe estar inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad; si es menor de 6 años, tener el diagnóstico del médico tratante, y si es mayor de 18 años, que sea discapacitado mental, por causa psíquica o intelectual, o multidéficit, o con dependencia severa.

Asimismo, se desprende que si ambos padres son trabajadores dependientes, a elección de la madre, podrá hacer uso del referido permiso el padre, quién además lo ejercerá si tuviere la tuición del menor por sentencia judicial, o si la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada para hacer uso del permiso por cualquier causa;

A falta de los padres, tendrá derecho al permiso en comento el trabajador que acredite tener la tuición y cuidado del menor, también por sentencia judicial.

En el caso de los discapacitados, son beneficiarios del permiso a falta de los padres:

1) El trabajador que tenga el cuidado personal, por sentencia judicial, y

2) Los trabajadores que sean cuidadores de los menores o mayores discapacitados, entendiéndose por tales: “Toda persona que proporciona asistencia permanente, gratuita o remunerada, para la realización de actividades de la vida diaria, en el entorno del hogar, a personas con discapacidad, estén o no unidas por vínculos de parentesco.”

El tiempo ocupado en el uso del permiso, deberá ser restituido por el trabajador o trabajadora beneficiaria, optando por una de las siguientes modalidades:

1) Imputación al próximo feriado anual, laborando horas extraordinarias, o a través de cualquier forma que se convenga libremente con el empleador.

2) Tratándose de trabajadores regidos por estatutos legales que contemplen la concesión de días administrativos, el permiso se hará efectivo en primer lugar ocupando dichos días, posteriormente, si fuere el caso, imputándolo al próximo feriado anual, o a días administrativos del año siguiente, o por último, a horas extraordinarias.

3) De no ser posible aplicar los mecanismos antes señalados de restitución del tiempo del permiso, éste se podrá descontar de las remuneraciones mensuales del trabajador, con el tope de un día por mes, o fraccionado según el sistema de pago, o íntegramente, si termina el contrato de trabajo por cualquier causa.

El trabajador o trabajadora que haga uso del permiso en análisis debe comunicarlo a su empleador dentro de las 24 horas siguientes a su ejercicio, al respecto, la jurisprudencia vigente y uniforme de esta Dirección sobre la materia en consulta, contenida, entre otros, en Dictamen N° 4243/088 de 28.10.2011, ha precisado: “Cabe hacer notar que la oportunidad de dar este aviso es con posterioridad al inicio de la utilización del permiso, y guardaría similitud con la oportunidad de entrega de la licencia médica al empleador, de dos días a contar del inicio de la ausencia al trabajo, como se trató en la discusión del proyecto en el Parlamento. Con todo, se estima que nada impediría que el trabajador pueda avisar al empleador de su ausencia en uso del permiso con anterioridad o coetáneamente al inicio de su uso, si la situación que lo justifica lo permite. Si bien el legislador no precisó que el aviso debía ser por escrito, existen razones para considerar que así debiera ser, atendido la asimilación que se hizo en la discusión del proyecto con la licencia médica.”

Cálculo de la remuneración por el permiso por accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte de hijo menor de 18 años, por hijos con discapacidad

Pronunciamientos dirección del trabajo:

Ordinario N° 2640/0104, de 06.05.1996:

"La norma del inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, que establece que las proporciones de tiempo para dar alimento a los hijos, se consideran como efectivamente trabajadas para los efectos de percibir la respectiva contraprestación en dinero, resulta aplicable a las trabajadoras remuneradas a trato.

La remuneración correspondiente a la hora de permiso, antes referida, de las trabajadoras remuneradas a trato debe determinarse sumando el total de lo percibido por tal concepto durante el mes y, dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso".

Ordinario N° 2922/056, de 21.07.2011:

Las comisiones devengadas en el respectivo período de pago por las vendedoras comisionistas que se desempeñan para Salcobrand S.A. deben considerarse para efectos de pagarles el tiempo que utilizan con el fin de dar alimento a sus hijos en conformidad a lo prevenido en el inciso 1° del artículo 206 del Código del Trabajo, calculándose el valor de la hora correspondiente al permiso diario otorgado para dichos efectos en la forma señalada en el cuerpo del presente informe.

En lo concerniente a las comisiones, es del caso hacer presente, en armonía con la jurisprudencia de esta Dirección contenida en los dictámenes números 1933/029, de 3 de mayo de 2011 y 2640/104, de 6 de mayo de 1996, que no existiendo norma legal que regule la materia, el valor de la hora correspondiente al permiso diario para dar alimento a los hijos menores de dos años, debe determinarse sumando el total de lo percibido por dicho concepto durante el respectivo mes y dividiendo el resultado por el número mensual de horas que comprende la jornada ordinaria pactada, excluidas las horas de permiso de que hicieron uso.