



K11432(2536)/ 2016

ORD. N°: 5730 /

Jurídico

MAT. Los trabajadores que laboran en la Residencia del Adulto Mayor de propiedad de la empresa Servicios Living La Dehesa S. A. desempeñando funciones de maestros y auxiliares de cocina, garzones, coperos, mucamas y otras que se relacionan con la asistencia y atención de los residentes en los términos que se señalan, se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos en conformidad al numeral 2 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo. Por el contrario, aquellos cuyas funciones no se enmarcan dentro del ámbito asistencial y de servicios precedentemente indicado, no estarían comprendidos en las situaciones de excepción al descanso dominical que allí se prevén.

2- La coincidencia de un día domingo con un festivo en un régimen de jornada exceptuada del descanso dominical, no confiere a los involucrados el derecho a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco al pago de horas extraordinarias, teniendo presente que en tal caso habrán laborado un solo día que reúne el doble carácter de domingo y festivo.

- ANT.:**1.-Instrucciones de 21.11.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
2. Instrucciones de 23.10.2017, de Jefe Departamento Jurídico.
3.-Ord. N° 4529, de 28.09.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
4. Ord. N° 1360, de 22.09.2017, de Inspectora Comunal del Trabajo Santiago Oriente.
5.- Ord. N° 2517, de 07.06.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
6.-Ord. N° 0381, de 20.01.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
7.- Presentación de Empresa Servicios Living La Dehesa S.A., de 11.11.2016.

SANTIAGO,

27 NOV 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A :SRES. EMPRESA SERVICIOS LIVING LA DEHESA S.A.
LOS ROBLES N° 12450
LO BARNECHEA

Mediante presentación del antecedente 7) han solicitado un pronunciamiento de esta Dirección respecto a las siguientes materias:

1.- Si los trabajadores que se desempeñan en esa empresa en calidad de aseadores, garzones, maestro de cocina, ayudante de cocina, coperos, mucamas y otros similares, están exceptuados del descanso dominical y en días festivos de conformidad al artículo 38, inciso 1°, numeral 2 del Código del Trabajo.

2.- Vigencia de la doctrina contenida en los dictámenes que señala, y

3.- Si la coincidencia de un domingo y un festivo faculta a los trabajadores de que se trata a exigir un día adicional de descanso.

Según se señala en dicha presentación, la empresa Servicios Living La Dehesa S.A. se dedica a brindar un amplio espectro de servicios que se requieren en residencias del adulto mayor, entre ellos los de alimentación, limpieza, lavandería, aseo, enfermería y otros generales de asistencia a personas valentes y semivalentes, los cuales deben ser prestados en forma continua dada la condición de vulnerabilidad de los destinatarios de dichos servicios.

Indican que en la empresa se distinguen tres tipos de jornadas de trabajo, atendiendo a las actividades que realizan los respectivos dependientes. Así, los que cumplen funciones administrativas están afectos a una jornada laboral de 45 horas semanales distribuidas de lunes a viernes; por su parte, quienes se desempeñan como "auxiliares de enfermería", se rigen por un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos autorizado por este Servicio y laboran bajo la modalidad conocida como "cuarto turno". A su vez, los trabajadores a que se refiere la primera consulta planteada cumplen una jornada de 45 horas semanales distribuidas de lunes a domingo, con un día libre en el referido período semanal y dos días de descanso al mes, en el entendido de que las labores que desarrollan están exceptuadas del descanso dominical conforme al numeral 2 del artículo 38 inciso 1° del Código del Trabajo, situación que solicitan sea ratificada por este Servicio.

Sobre el particular, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:

1.- En lo que respecta a la primera consulta formulada, cabe señalar que el artículo 35 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, dispone:

"Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días."

Por su parte, el artículo 38 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, numeral 2, dispone:

"Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

"2. En las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria.

Por su parte, los incisos 2, primera parte, 3 y 4 del mismo precepto, disponen:

"Las empresas exceptuadas de dicho descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal..."

"Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser

comunes para todos los trabajadores o por turnos para no paralizar el curso de las labores”.

“No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o que se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos”.

El análisis conjunto de las normas legales precitadas permite inferir primeramente que la ley consagra como días de descanso obligatorio para los trabajadores los que recaen en domingo y en aquellos que la ley declare festivos.

De iguales normas es posible deducir igualmente que las empresas exceptuadas del régimen normal de descanso semanal que consagra el artículo 35 del Código del Trabajo están facultadas para distribuir la jornada normal de trabajo incluyendo tales días, caso en el cual estarán obligadas a otorgar a los involucrados un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo y otro, por cada festivo laborado.

Finalmente, de las normas anotadas fluye que los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos de acuerdo a los numerales 2 y 7 del inciso 1° del artículo 38 del mismo Código tienen derecho a exigir que al menos dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario le sean otorgados en domingo. Al respecto, es preciso señalar que por aplicación del artículo 38 bis del mismo cuerpo legal, incorporado por la ley N° 20.823, el personal a que se refiere el citado numeral 7 tiene derecho a impetrar siete días más de descanso en domingo durante cada año de vigencia del contrato de trabajo, facultándose a las partes para pactar el reemplazo de 3 de ellos por días sábado, cumpliéndose los requisitos establecidos en el mismo precepto.

Efectuadas las precisiones de que dan cuenta los párrafos que anteceden, cabe pronunciarse sobre la consulta que se plantea en la especie, esto es, si las labores que desarrolla el personal a que la misma se refiere se encuadran en alguna de las situaciones de excepción al descanso dominical previstas en el numeral 2 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, anteriormente transcrito.

Al respecto es necesario señalar que con el objeto de emitir un pronunciamiento fundado sobre el particular, se dispuso una fiscalización investigativa orientada a obtener mayores antecedentes en relación a la materia, cometido que estuvo a cargo del fiscalizador Pedro Donoso Campos, dependiente de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Oriente. En informe N° 1322-2017-829, el mencionado funcionario expresa que constituido en la Residencia de Adulto Mayor de propiedad de la recurrente constató que en ella residen alrededor de 100 adultos mayores, algunos de los cuales pueden movilizarse por sus propios medios, otros requieren de ayuda para realizar sus actividades diarias, debiendo ser asistidos por cuidadoras, y otros que están postrados, por lo que deben ser atendidos en forma permanente por una cuidadora particular. Señala que dicha residencia corresponde a un Eleam, esto es, a un establecimiento de larga estadía para el adulto mayor, cuya instalación y funcionamiento fue autorizada por Resolución N°64739, de 11.10.2007, de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana.

Según se indica en dicho informe, además del personal administrativo y de enfermería que allí labora, existe una dotación de trabajadores encargados de la alimentación de los adultos mayores residentes compuesto por cocineros y ayudantes, coperos y garzones —quienes tienen a su cargo la elaboración y entrega de la alimentación—y otra, de mucamas, encargadas del aseo de los departamentos y baños, cuyas labores comprenden, entre otras, el cambio de sábanas y toallas, la aspiración de pasillos, el retiro de ropa sucia, etc. En el citado documento se

consigna que ambos grupos de trabajadores están sujetos a una jornada ordinaria de 45 horas semanales distribuida de lunes a domingo, con un día de descanso a la semana y dos domingos libres en el mes.

Se agrega que se entrevistó a algunos de los trabajadores involucrados, incluido el presidente del sindicato de la empresa, Sr. Rodrigo Muñoz Pizarro, quienes le proporcionaron información sobre las diversas labores que involucra cada cargo. Sobre dicha base y de acuerdo a lo constatado directamente en terreno, el funcionario actuante concluye: *“Es de opinión del fiscalizador más abajo firmante, que las labores que realizan los trabajadores mencionados en la letra c) del punto IV(garzones, aseadores, maestros de cocina, ayudantes de cocina, cooperos, jardineros, recepcionista, bodegueros, mucama, indicados en presentación de la Empresa Living La Dehesa, se ajustan a la descripción de labores señaladas en el N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, por cuanto sus labores o servicios exigen continuidad, lo que se manifiesta en las necesidades propias del cuidado de los adultos mayores en un establecimiento de larga estadía, requiriendo para ello la presencia de personal permanente que cubra necesidades de alimentación, vestuario, limpieza, que son propios de los adultos mayores y deben ser realizados día a día”.*

Ahora bien, considerando la naturaleza y variedad de los servicios que presta esa empleadora, el estado y condición de los usuarios y la calidad del recinto de que se trata—establecimiento de larga estadía adulto mayor Eleam—preciso es convenir que los trabajadores que allí se desempeñan y que cumplen labores relacionadas con la asistencia, cuidado personal y atención integral de los adultos mayores de que se trata se encuentran exceptuados del descanso dominical en virtud del numeral 2 del artículo 38, inciso 1° del Código del Trabajo, toda vez que el desarrollo de las mismas exige continuidad por las necesidades que satisfacen. De esta suerte, y considerando que los servicios que prestan dichos trabajadores se encuadran dentro de una de las situaciones de excepción a dicho descanso previstas en el mencionado precepto, no existe inconveniente legal en que la distribución de su jornada normal de trabajo incluya los días domingo y festivos, sin perjuicio del derecho a gozar de los descansos compensatorios por tales días en conformidad a la ley.

Por el contrario, aquellos cuyas funciones no se enmarcan dentro del ámbito asistencial y de servicios precedentemente indicado, no estarían comprendidos en las situaciones de excepción al descanso dominical que allí se prevén.

2.- En cuanto a la segunda consulta formulada, referida a la vigencia de la doctrina institucional contenida, entre otros, en los dictámenes 4460/ 207, de 1°.08.1994, 400/ 26, de 20. 01.1999 y 4985/218, de 20.11.2003, conforme a la cual, la coincidencia de un domingo con un festivo no da derecho a los trabajadores que laboran bajo un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos en los términos del artículo 38 inciso 7 del Código del Trabajo, a exigir un día adicional de descanso, cabe señalar lo siguiente:

La doctrina institucional sustentada sobre la materia y que se contiene, entre otros, en dictamen N°400/26, de 10.11. 1999, tras analizar la situación de trabajadores sujetos a un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos, autorizado por este Servicio, hizo aplicable a los trabajadores que se encuentran en tal situación, la doctrina contenida en dictamen N°4460/207, de 01.08.94 referida a trabajadores afectos a la regla general prevista en el citado artículo 38 del Código del Trabajo, precisando que *“la coincidencia de un día domingo con un festivo en el sistema, no otorga derecho a los referidos trabajadores, a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco al pago de horas extraordinarias”.*

A igual conclusión se arriba en dictamen N°4985/218 de 28 de noviembre del mismo año, conforme al cual *“Los trabajadores de la Empresa Minera Los Pelambres, afectos al sistema excepcional de jornadas y de descansos autorizado por la Resolución N°0251, de 02.08.99, de la Directora del Trabajo, no tienen*

derecho a que se les compense con un día de descanso adicional o a que se les remuneren las horas respectivas como extraordinarias por el trabajo desarrollado en un día domingo que coincide con un festivo."

La señalada conclusión se fundamenta en que el derecho al descanso compensatorio por el festivo nace sólo cuando el dependiente ha laborado efectivamente en un día que reviste tal carácter y siempre que éste no sea coincidente con un domingo, puesto que tal situación implica, por una parte, que el trabajador sólo habrá laborado los días que comprende el ciclo de trabajo autorizado y, por otra, que la prestación de servicios en día domingo ya se encuentra compensada con los días de descanso que comprende el respectivo sistema excepcional.

Sobre dicha base, la jurisprudencia administrativa anotada sostiene que la coincidencia de un día domingo con un festivo en el sistema, no confiere a los involucrados el derecho a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco al pago de horas extraordinarias, teniendo presente que en tal caso habrán laborado un solo día que reúne el doble carácter de domingo y festivo.

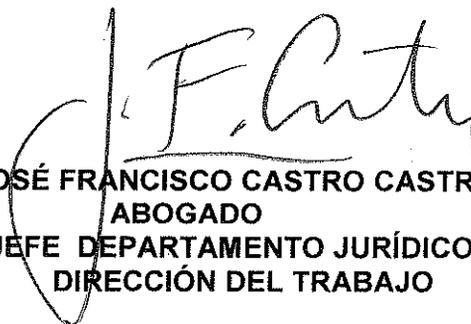
Cabe hacer presente que la señalada jurisprudencia ha sido recientemente ratificada por este Servicio, entre otros, en Ordinario N° 668 de 7.02.2017 y, por ende, se encuentra plenamente vigente.

En consecuencia, teniendo presente las disposiciones legales citadas, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1- Los trabajadores que laboran en la Residencia del Adulto Mayor de propiedad de la empresa Servicios Living La Dehesa S.A. desempeñando funciones de maestros y auxiliares de cocina, garzones, coperos, mucamas y otras que se relacionan con la asistencia y atención de los residentes en los términos que se señalan en el cuerpo del presente informe, se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos en conformidad al numeral 2 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo. Por el contrario, aquellos cuyas funciones no se enmarcan dentro del ámbito asistencial y de servicios precedentemente indicado, no estarían comprendidos en las situaciones de excepción al descanso dominical que allí se prevén.

2- La coincidencia de un día domingo con un festivo en un régimen de jornada exceptuada del descanso dominical no confiere a los involucrados el derecho a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco, al pago de horas extraordinarias, teniendo presente que en tal caso habrán laborado un solo día que reúne el doble carácter de domingo y festivo.

Saluda a Uds.


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




BP/SMS/sms
Distribución:

- Jurídico, Partes, Control
- Inspección Comunal del Trabajo Santiago Oriente