



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 3413 (696) 2018

Juridico

6154

- ORD.:** _____
- MAT.:** Se niega lugar a la reconsideración de Dictamen N°2354/110 de 18.04.1994.
- ANT.:**
- 1) Pase N° 1125 de fecha 21.09.2018, de Jefe de Asesores del Director del Trabajo
 - 2) Instrucciones de fecha 04.07.2018, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
 - 3) Instrucciones de fecha 15.06.2018, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
 - 4) Presentación de 26.03.2018, de don Guillermo Prieto Woters, Presidente de Asociación Chilena de Gastronomía, ACHIGA.

SANTIAGO,

10 DIC 2018

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. GUILLERMO PRIETO WOTERS
PRESIDENTE
ASOCIACION CHILENA DE GASTRONOMIA
ACHIGA
NUEVA TAJAMAR #481, TORRE NORTE, OFICINA 704,
LAS CONDES
ivonnedelgado@mgc.cl

Mediante la presentación del antecedente 4), Ud. ha solicitado a este Servicio reconsiderar la doctrina contenida en Dictamen Ordinario N°2354/110 de fecha 18.04.1994, toda vez que aquel indica que las funciones desarrolladas por los trabajadores que se desempeñan en restaurantes se encuentran comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, lo que a su juicio no resultaría propicio, pues deberían estar comprendidos en el numeral 2 inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, en virtud de las características de la actividad económica que se trata y los argumentos que esgrime.

Al respecto, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El Dictamen Ordinario N° 2354/110 de 18.04.1994 expresa sobre la materia respecto cuya reconsideración solicita, lo siguiente:

“Ahora bien, las normas legales que regulan las excepciones al descanso dominical y en días festivos han sido objeto de algunas modificaciones, pudiendo citarse, al efecto, el artículo 1° N°2 de la ley 18.011, publicada en el Diario Oficial de 1° de julio de 1981 que, modificando el D.L. 2.200 de 1978, incorporó a este régimen de descanso a los dependientes que se señalan en el N°7 del actual artículo 38 del Código del Trabajo, esto es, aquellos que laboran en “establecimientos de comercio y de servicios que atienden directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las necesidades del establecimiento respectivo.

“Del análisis armónico de los preceptos legales y reglamentarios comentados se sigue que la mencionada reforma legal no sólo incorporó una nueva categoría de trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos sino que, además, significó para aquellos dependientes en que predomina el hecho que laboren en establecimientos de comercio y servicios en atención directa al público al quedar comprendidos también, en esta última excepción, aún cuando con anterioridad hubieran estado afectos a este sistema excepcional en virtud de la restantes situaciones previstas al efecto, como es el caso del personal que labora en los establecimientos en referencia, atendida la especialidad de esta nueva excepción.

“Acorde con lo expresado, posible es afirmar que el personal que atiende directamente al público en panaderías, hoteles, restaurantes y clubes quedan comprendido dentro de las excepciones al descanso dominical y días festivos por la sola circunstancia de laborar en un establecimiento comercial, independientemente de toda otra consideración, resultando así, irrelevante que el servicio que prestan exija continuidad por las necesidades que satisfacen o para evitar perjuicio público.”

Finalmente, el citado pronunciamiento concluye:

“Por el contrario, posible es afirmar que los dependientes que atienden directamente al público en los citados establecimientos comerciales están afectos, igualmente, a dicha excepción, al tenor del N°7 del mismo precepto legal...”

Por su parte, el artículo 38 del Código del Trabajo, al enumerar las funciones que están exceptuadas del descanso dominical señala, específicamente en sus numerales 2 y 7, lo siguiente:

“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;

7. En los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo...”

En este contexto y con el fin de responder a su requerimiento será necesario determinar si, en virtud de los argumentos por Ud. esgrimidos, corresponde considerar que las labores que prestan los trabajadores en restaurantes son de aquellas comprendidas en el numeral 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, o si, por el contrario, siguen siendo calificadas en el numeral 7 de dicho artículo.

En primer lugar, fundamenta su solicitud indicando que el desarrollo de la actividad del rubro exige una continuidad operacional, pues se ha advertido que la industria gastronómica se vincula de forma directa con otras actividades productivas, facilitando el intercambio comercial en países que como Chile, han manifestado vocación de constituirse en plataforma internacional de negocios, existiendo una distancia diferenciadora entre el rubro gastronómico y los establecimientos de comercios y servicios, cuyas funciones se describen en el numeral 7 del artículo 38.

Cabe puntualizar que dicho fundamento se encuentra contenido en Dictamen Ordinario N° 4915/76 de 03.10.2016, a través del cual se reconsideró

parcialmente la doctrina contenida en Dictamen Ordinario N° 2354/110 de 18.04.1994, en el sentido que las funciones que todos los trabajadores de los establecimientos hoteleros realizan, para los efectos de autorizar su desempeño en días domingo y festivos, y la regulación de sus descansos compensatorios, se encuentran comprendidos en el numeral 2 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo.

Al respecto, es relevante considerar que *“hotel”*, según su definición establecida por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es aquel *“establecimiento de hostelería capaz de alojar con comodidad a huéspedes o viajeros”*.

Por su parte, dicho Diccionario define *“restaurante”* como aquel *“establecimiento público donde se sirven comidas y bebidas, mediante precio, para ser consumidas en el mismo local”*.

De esta forma, al tenor de ambas definiciones resulta claro inferir que solo el concepto de hotel está vinculado al concepto de viajar, el cual es definido por el precitado Diccionario como *“trasladarse de un lugar a otro, generalmente distante, por cualquier medio de locomoción”* y con la idea de *“efectuar su ruta para vender o promocionar sus mercancías”*.

Sin embargo, el concepto de restaurant responde solo al lugar donde se sirven comidas y bebidas a cambio de un precio, acto que se relaciona de manera más directa con el concepto de comercio, el cual es definido por el precitado Diccionario como *“compraventa o intercambio de bienes o servicios.”*

En este sentido, resulta necesario precisar que sin perjuicio de que el producto preparado y servido en un restaurante requiere de insumos, los cuales podrán, eventualmente, provenir del extranjero, aquello no constituye una exigencia ni una condición esencial de su producción, pues nada obsta, como en su mayoría sucede, que los insumos para producir alimentos que se venden en un restaurante provengan del comercio de nuestro propio país. Asimismo, reafirmando lo anterior, es menester precisar que el origen de los insumos no determina la calificación de las funciones desempeñadas por los trabajadores.

Por tanto, es posible concluir que, en el caso de los restaurantes no se produce, de manera directa, el vínculo con otras actividades productivas que facilite el intercambio comercial con otros países, por lo que no constituye esta razón un argumento para diferenciarlos de otros establecimientos de comercio y servicios comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, como si ocurre con los establecimientos hoteleros.

En segundo lugar, agrega que el funcionamiento continuo de restaurantes se justifica en razón de las necesidades que se satisfacen, pues, a su criterio, es un hecho notorio que el turismo está creciendo en términos favorables para el país desde hace unos años a la fecha.

Asimismo, señala que la gastronomía proporciona al país un mercado enorme, pues alimentarse constituye una necesidad básica que los restaurantes están destinados a satisfacer, siendo este servicio de alta demanda, cuya interrupción en día domingo produce graves perjuicios.

Reafirmando su argumento, expone que la jurisprudencia de este Servicio respecto de establecimientos hoteleros, específicamente el Dictamen Ordinario N° 4915/76 de 03.10.2016 así lo ha indicado, y que no encuentra diferencia alguna entre los servicios proporcionados por los trabajadores de restaurantes y los entregados en los establecimientos hoteleros, ya que ambos exigen continuidad por la naturaleza de sus procesos, por las necesidades que satisfacen y que solo de esta manera se evitaría un gran perjuicio al interés público y la industria. Añade que similar situación ha ocurrido con la interpretación de esta Dirección respecto de la calificación de la actividad productiva del rubro de las panaderías.

Incluso, añade que el precitado Dictamen Ordinario N°2354/110 -cuya reconsideración Ud. solicita- equiparaba a las panaderías, hoteles y restaurantes, evidenciándose que son servicios de similar naturaleza, lo que llevaría a concluir que los fundamentos tenidos a la vista para aquellos establecimientos resultaría aplicable a los restaurantes.

Dicho lo anterior y de manera previa al análisis del argumento por Ud. esgrimido, corresponde aclarar que el descanso semanal es un derecho irrenunciable de los trabajadores, ya sea que las actividades que desarrollen se rijan por el artículo 35 o por el artículo 38, ambos del Código del Trabajo, siendo su respeto, en consecuencia, una obligación ineludible del empleador, indistintamente si dicho descanso recae o no en un día domingo.

Luego, para determinar si las funciones desarrolladas en restaurantes deben ser calificadas dentro del numeral 2 del artículo 38 y no en el numeral 7, es necesario determinar si cumplen alguna de las condiciones que se requieren dentro de ese numeral.

Es posible establecer que los trabajadores que se desempeñan en empresas, 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 están, en conformidad al N°2 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, exceptuados del descanso dominical y de días festivos, pudiendo, en consecuencia, distribuirse la jornada de trabajo, de manera que incluya los días domingos y festivos.

En este sentido, el Dictamen Ordinario N° 1889/34 de 08.04.2016, refiriéndose a los trabajadores comprendidos en cada uno de ellos, sostuvo:

“...un nuevo estudio de las normas legales y reglamentarias que regulan la materia permite analizar que las actividades comprendidas en el numeral 2 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, primordialmente contienen de forma implícita, la satisfacción de una necesidad social relevante, que justifica la prestación de servicios en domingo, como puede ser: mantener la operatividad del transporte público, la continuidad en la prestación de servicios médicos, etcétera.

“Por su parte, el numeral 7 del citado artículo, se refiere a actividades cuya ejecución en domingo, se justifica en función de atender personas en su dimensión de consumidores de productos y servicios, sin una razón de urgencia.”

Al tenor de la anterior interpretación, resulta claro concluir que los restaurantes no satisfacen una necesidad social relevante, sino más bien atienden personas en su dimensión de consumidores de productos y servicios, sin existir una razón de urgencia, por lo que las funciones desarrolladas no pueden ser calificadas en el numeral 2, ya citado.

Por su parte, este Servicio, a través de Ordinarios N°s 1417 de 10.03.2016, 1490 de 14.03.2016, 1656 de 21.03.2016, 2038 de 18.04.2016, 2569 de 16.05.2016 y 679 de 08.02.2017, entre otros, ha indicado sostenidamente que:

“Considerando lo anterior, es dable entender que las actividades que se encuentran comprendidas en el numeral 2 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, se caracterizan por revestir alguna de las siguientes condiciones:

“i.- Satisfacen un interés público, o bien, evitan los perjuicios derivados de una eventual paralización: Se advierte como elemento descriptor, la satisfacción de una necesidad social relevante, que justifica la prestación de servicios en domingo. Asimismo, su paralización podría generar perjuicios de interés social o para la industria. A modo de ejemplo, corresponden a esta clasificación servicios como el transporte público, generación y distribución eléctrica, servicios de vigilancia y seguridad, clínicas, cementerios y servicios fúnebres, entre otros semejantes.

“ii.- Razones de carácter técnico, propias de la actividad productiva de que se trata, impiden su paralización para evitar los perjuicios que ocasionaría su interrupción: pertenecen a esta categoría actividades tales como la mantención de hornos para la fundición de metales, el control del destilado de alcoholes, u otras de naturaleza similar.”

Además, a través de Dictamen Ordinario N°3673/122 de 05.09.2003, refiriéndose a la situación de los vigilantes privados y guardias de seguridad, esta Dirección dejó establecido que la exigencia de continuidad en la prestación de los servicios está determinada por las necesidades que satisfacen y en dicho sentido el precitado pronunciamiento jurídico indicó:

*"...la excepción al descanso dominical de la labor desarrollada por los citados dependientes deriva de la necesidad de satisfacer en forma **continua, oportuna y permanente** los requerimientos de vigilancia y seguridad de las entidades, empresas o instituciones a quienes su empleadora presta tales servicios..."*

Al tenor de la precitada jurisprudencia, tampoco es posible advertir que existan argumentos de carácter técnico, propios de la actividad productiva desarrollada por un restaurante, que impidan su paralización, ni que busquen satisfacer una necesidad en forma continua, oportuna y permanente de alimentación, siendo, por consiguiente, otra razón para sostener que estas funciones se encuentran comprendidas en el numeral 7 y no en el numeral 2 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo.

En tercer lugar, con el fin de atender a los restantes fundamentos por Ud. esgrimidos, resulta necesario precisar que este Servicio, a través de Dictamen Ordinario N°6145/145 de 20.12.2017 nuevamente reconsideró la doctrina y aclaró que: *"aparte de las actividades de producción o elaboración de los productos de que se trata, realizan la comercialización de los mismos, a través de puntos de ventas propios o bajo su administración, estarían exceptuados del descanso dominical en virtud del numeral 7 del citado artículo 38, por tratarse de un establecimiento comercial que atiende directamente al público, lo cual, en conformidad a la doctrina contenida en el dictamen N°4755/58, de 14.09.2015 precedentemente enunciada..."*

De esta manera, es posible señalar que las "panaderías" que comercializan sus productos se encuentran comprendidas en el numeral 7 del artículo 38 en comento, ya sea que se encuentren dentro o fuera de centros comerciales o supermercados.

Respecto de la comparación con los establecimientos hoteleros, fuera de la diferencia ya indicada en la conclusión previamente analizada, es preciso indicar que las personas en tránsito en nuestro país requieren satisfacer una necesidad de hospedaje, siendo los hoteles¹ los establecimientos que naturalmente pueden satisfacer dicho servicio, a diferencia de lo que sucede con la alimentación.

Según cifras de turismo receptivo recabadas por Sernatur, Chile recibió 5.640.700 turistas durante el año 2016², lo que implica un aumento significativo de aquel mercado.

Sin embargo, reafirma lo concluido anteriormente la reglamentación de los prestadores de servicios turísticos, contenida en el Decreto N° 222 de 2010 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba el Reglamento para aplicación del sistema de clasificación, calidad y seguridad de los prestadores de servicios turísticos, el cual establece en su artículo 3° letra b) que serán considerados tipos de servicios turísticos los "servicios de restaurantes y similares", cumpliendo la exigencia de ubicarse mayoritariamente en zonas turísticas.

Así, cabe destacar la distinción que se realiza en la precitada norma, pues solo considera prestador turístico a aquellos restaurantes que cumplan con la exigencia antes indicada, lo que lleva a concluir que los demás no lo son. Es decir que, como regla general, los restaurantes no son parte de la industria del turismo, sino que se encuentran dentro de aquellos establecimientos que atienden personas en su dimensión de consumidores de productos y servicios, sin una razón de urgencia, ni respondiendo a un interés público.

Consolida la anterior conclusión el artículo 7 del antes citado Decreto, el cual solo exige la obligación de registro a los prestadores de servicios de alojamiento turístico y a los prestadores de turismo aventura, mas no a los demás prestadores señalados en el artículo 3°, estableciendo expresamente que para todos los demás dicho registro es voluntario.

Finalmente, Ud. expresa que el mismo Dictamen Ordinario N° 2354/110 de 18.04.1994, cuya reconsideración se solicita, equipara panaderías

¹ Según Dictamen Ordinario N° 4130 de 25.11.1981 y Ordinarios N°s 1332, 1489, 2821, y 5269 de 08.03.2016, 14.03.2016, 25.05.2016 y 25.10.2016, el término "hotel" comprendería también a las residenciales, pensiones, posadas, moteles, albergues, hosterías y todo otro tipo de establecimientos en los cuales se proporcione servicio de hospedaje, con o sin alimentos.

² <https://www.sernatur.cl/estadisticas/#>

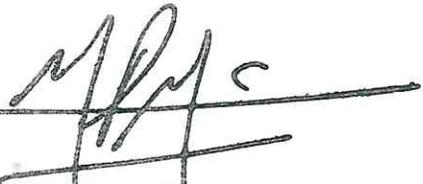
y hoteles a los restaurantes, razón por la que no incluirlos dentro del numeral 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, constituiría una discriminación al tenor de lo consagrado en el artículo 19 numerales 2 y 22 de nuestra Constitución Política, en la Ley N° 20.609 y el artículo 2 del Código del Trabajo.

Sin embargo, según las conclusiones precedentes, es posible advertir diferencias entre los servicios prestados por los establecimientos de hotelerías y los restaurantes, no constituyendo por tanto una discriminación arbitraria la distinción realizada en los términos de la legislación por Ud. aludida.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpro con informar a Ud. que se niega lugar a la reconsideración de Dictamen N°2354/110 de 18.04.1994.

Saluda atentamente a Ud.




MAURICIO PEÑALOZA CIFUENTES
DIRECTOR DEL TRABAJO


RGR/LBP/NPS
Distribución:
- Jurídico
- Partes
- Control