



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 8285 (1882) 2017 ✓

Jurídico



0415

ORD.: _____/

MAT.: 1) Los trabajadores que se desempeñan en el área de turismo enológico de Viña Santa Rita, se encuentran exceptuados del descanso en día domingo y festivos, en virtud de lo dispuesto en el numeral 7° del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo.
2) Tales dependientes, al no tener el carácter de trabajadores del comercio, no se encuentran afectos a las disposiciones sobre feriados obligatorios e irrenunciables contenidas en el artículo 2° de la Ley N° 19.973.

ANT.: 1) Instrucciones de 9.01.2018, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho
2) Ordinario N° 763 de 29.12.2017, de Inspector Comunal del Trabajo de Buin.
3) Ordinario N° 5311 de 07.11.2017, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho
4) Presentación de 25.08.2017, de doña María Fernanda Espinosa Meza

SANTIAGO,

22 ENE 2018 ✓

DE : JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
A : MARÍA FERNANDA ESPINOZA MEZA
ABOGADA
AV. ISIDORA GOYENCHEA N° 2939, PISO 10

Mediante presentación del antecedente 4), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a si los trabajadores del área turismo enológico de la Viña Santa Rita, se encuentran comprendidos en el numeral 2 o 7 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo.

En particular, consulta respecto de los dependientes que se desempeñan como guías, cuidadores de caballos, encargado de reservas y administrativo de turismo, los que a su juicio satisfacen necesidades de recreación a la ciudadanía, y su paralización podría causar un grave perjuicio a la industria del turismo.

Respecto a los mismos trabajadores, consulta cuál sería su situación jurídica, para los efectos del feriado irrenunciable contemplado en la ley N° 19.973.

Sobre la materia, cabe señalar que el artículo 35 del Código del Trabajo que consagra el régimen general de descanso semanal, establece:

"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 inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, en sus numerales 2 y 7, dispone

"Art. 38. 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..."

Del análisis conjunto de los preceptos legales anotados es posible colegir que el legislador ha establecido que los domingo y festivos, constituyen días de descanso obligatorio, salvo respecto de los trabajadores que se desempeñan en actividades o faenas exceptuadas de dicho descanso, en los términos previstos en el artículo 38 del Código del Trabajo, lo cuales están legalmente autorizados para laborar dichos días.

De ello se sigue, que las empresas sujetas al régimen normal de descanso previsto en el citado artículo 35, están impedidos de distribuir la jornada de trabajo de sus dependientes incluyendo los días domingo y festivos, salvo en caso de fuerza mayor, circunstancia que deberá ser calificada por la Dirección del Trabajo.

En efecto, el artículo 37 del Código del Trabajo, establece:

"Las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo en forma que incluya el día domingo o festivo, salvo en caso de fuerza mayor.

Si la Dirección del Trabajo estableciere fundadamente que no hubo fuerza mayor, el empleador deberá pagar las horas como extraordinarias y se le aplicará una multa con arreglo a lo previsto en el artículo 506".

Pues bien, la doctrina de esta Dirección ha sostenido que las excepciones a la regla general, esto es, al descanso durante días domingo y festivos, deben ser interpretadas con un alcance restrictivo, puesto que si el legislador ha querido establecer una regla general, las excepciones a la misma estarán acotadas a su estricto tenor, máxime, si el referido derecho, al igual que todos aquellos establecidos por las leyes laborales son, por aplicación del artículo 5° del Código del Trabajo, de carácter irrenunciable.

En efecto, dado el texto de la norma contenida en el inciso primero del artículo 35 del Código del Trabajo, en orden a que sólo la ley puede contemplar casos de excepción al descanso en días domingo y festivos, se colige que cualquier interpretación de las causales de excepción de la referida norma, han de verificarse con carácter restrictivo, de tal manera, que la configuración de una excepción al descanso en días domingo y festivos ha de desprenderse de manera clara y precisa de la ley.

A estos efectos, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos vías en que la ley establece situaciones de excepción a la consabida regla

del descanso en días domingo y festivos, a saber: cuando la ley expresamente lo declara así (ej. Artículo 145 D) y cuando la actividad de que se trate estuviere comprendida en los supuestos del artículo 38 del Código del Trabajo.

Ahora bien, la regulación de las circunstancias excepcionales contenidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, tiene su antecedente normativo en el Decreto N° 101 de 16.01.1918 y las respectivas modificaciones introducidas por los decretos N° 369 y 513 de 1941, y 340 de 1967.

El Decreto N° 101 de 1918, reglamentó un sistema de excepcionalidad al descanso en día domingo, en virtud de la facultad conferida al Presidente de la República contenida en el artículo 2° de la Ley N° 3.321 de 1917, posteriormente ratificada en el artículo 326 del D.F.L. N° 178 de 28.05.1931, que fijó el "Texto Definitivo de las Leyes del Trabajo" (sic art. 576 DFL N° 178 de 1931).

El sistema de excepción al descanso en día domingo, se estructuró así, sobre la base de 5 categorías generales, a saber:

1.a Categoría: Por la índole de las necesidades que satisfacen o por el grave perjuicio público que acarrearía su interrupción;

2.a Categoría: Por motivos de carácter técnico o por el grave perjuicio que su interrupción causaría a la industria;

3.a Categoría: Las obras, las explotaciones o trabajos que por su naturaleza no pueden efectuarse, sino en ciertas estaciones del año o que dependen de la acción irregular de las fuerzas naturales;

4.a Categoría: Los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de las empresas; y,

5.a Categoría: Los trabajos de carácter impostergable destinados a reparar deterioros irrogados por fuerza mayor o caso fortuito, y particularmente, los daños producidos por incendios, accidentes ferroviarios, naufragios, derrumbes, inundaciones, huracanes, terremotos y otras causas imprevistas análogas.

Conforme a tales criterios, se ha forjado una institucionalidad jurídica que, en lo relativo al descanso semanal, se centra en la naturaleza de las actividades, y en todo caso, con un enfoque de excepcionalidad, según se infiere de lo dispuesto en el artículo VI del Decreto 101 de 1918, al señalar:

"Por regla jeneral y sin perjuicio de la enumeración anterior, toda escepcion al descanso público, se entenderá aplicable exclusivamente:

1° En cada empresa, a los servicios o partes de la explotacion donde se realizan los trabajos que motivan la escepcion; y

2° Al personal estrictamente indispensable para la ejecución de los referidos trabajos" (sic).

Por lo anterior, resulta necesario que toda prestación de servicios en día domingo o festivo, se encuentre justificada conforme a un encasillamiento en alguna de las circunstancias, lugares, establecimientos, faenas o actividades descritas en cada numeral del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo.

En lo referido al numeral 7 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, tal disposición fue incorporada a nuestra legislación mediante la Ley N° 18.372 publicada en el Diario Oficial de 17 de diciembre de 1984, que sustituyó el artículo 49 del D.L. N° 2.200, contemplando así un régimen de excepcionalidad respecto del descanso semanal de los trabajadores del comercio.

Conforme al análisis anterior, resulta posible inferir que, en la práctica, la mayor dificultad para el encasillamiento de la naturaleza de las funciones –para los propósitos de este pronunciamiento– reside en distinguir si las faenas, actividades, establecimientos, etcétera, se encontrarían comprendidos en los numerales 2 o 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Por una parte, el numeral 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, regula la actividad de aquellos que se desempeñan en las explotaciones, labores y 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.

En tanto que, el numeral 7 del ya referido artículo, comprende a los trabajadores que se desempeñan en 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.

Analizando lo anterior para el caso en estudio, es necesario consignar que revisada la página web de Viña Santa Rita (www.santarita.com), se ofrecen variados recorridos por la viña, a los que se les otorga el valor de constituir un acercamiento por la historia de Chile y su Viticultura, puesto que junto a los viñedos se incluye la visita a zonas declaradas como monumento nacional.

Además, se requirió una fiscalización investigativa respecto de los hechos fundamentales referidos a la naturaleza de la prestación de servicios y demás condiciones laborales referidas a los trabajadores por quienes se consulta. Al efecto, la fiscalizadora Erika Ernest Cortés describió detalladamente las funciones mediante antecedente 1), al informar:

"PETICERO: En la entrevista con el trabajador y la revisión de la descripción de cargos, se constata que sus principales funciones son:

- Trasladar visitantes desde la entrada de la Viña al interior, así como realizar los distintos recorridos turísticos que se le soliciten.

- Mantención y aseo de las pesebreras de caballos

El trabajador entrevistado indica que dentro de sus funciones no tiene que ofrecer ni vender ningún producto o servicio y que no tiene metas comerciales de ningún tipo.

En la revisión del contrato de trabajo y registro de asistencia, se constata que la jornada de trabajo es en turnos de martes a domingo de 09:00 a 18:00 horas o de martes a sábado de 09:00 a 18:30 horas. En el registro de asistencia se evidencia el otorgamiento de dos domingos libres en el mes.

En la revisión de los comprobantes de pagos de remuneraciones, no se evidencia ningún incentivo comercial variable.

ENCARGADA DE TURISMO: En la entrevista con la trabajadora y la revisión de la descripción de cargos, se constata que sus principales funciones son:

- Coordinar la realización de tour definidos en el idioma que corresponda, en cuanto a recorrido, duración, lineamientos y discurso.

- Dar orientación, información y ayuda general a los visitantes, informando sobre los productos servicios y la experiencia en general y cualquier otro servicio complementario que pudiesen necesitar.

La trabajadora entrevistada indica que dentro de sus funciones no tiene que ofrecer ni vender ningún producto o servicio y que no tiene metas comerciales de ningún tipo.

En la revisión de los contratos de trabajo, se constata que la jornada de trabajo es acogida al artículo 22 inciso segundo, es decir excluida de limitación.

En la revisión de los comprobantes de pagos de remuneraciones, no se evidencia ningún incentivo comercial variable.

ASISTENTE DE TURISMO: En la entrevista con la trabajadora y la revisión de la descripción de cargos, se constata que sus principales funciones son:

- Labores administrativas como registrar reservas, enviar cotizaciones.

- Dar orientación, información y ayuda general a los visitantes, informando sobre los productos servicios y la experiencia en general y cualquier otro servicio complementario que pudiesen necesitar.

La trabajadora entrevistada indica que dentro de sus funciones, no tiene que ofrecer ni vender ningún producto o servicio y que no tiene metas comerciales de ningún tipo.

En la revisión de los contratos de trabajo y registro de asistencia, se constata que la jornada de trabajo es de lunes a viernes de 08:30 a 18:00 horas, con una hora de colación. En el registro de asistencia se evidencia que cumple esa jornada.

En la revisión de los comprobantes de pagos de remuneraciones, no se evidencia ningún incentivo comercial variable.

GUÍA TURÍSTICO:

En la entrevista con los trabajadores y la revisión de la descripción de cargos, se constata que sus principales funciones son:

- Realizar todos los tour con que cuenta el área de turismo (en diferentes idiomas), haciendo el recorrido con los visitantes por la Viña.

Los trabajadores entrevistados indican que dentro de sus funciones, no tiene que ofrecer ni vender ningún producto o servicio y que no tiene metas comerciales de ningún tipo.

En la revisión de los contratos de trabajo y registro de asistencia, se constata que la jornada de trabajo es en turnos de martes a domingo de 09:00 a 18:00 horas o de martes a sábado de 09:00 a 18:30 horas. En el registro de asistencia se evidencia el otorgamiento de dos domingos libres en el mes.

En la revisión de los comprobantes de pagos de remuneraciones, no se evidencia ningún incentivo comercial variable.

Se revisó la pauta de los guías turísticos, donde aparece su libreto en los tour. Se constató que en éstos se consignan características del viñedo, de sus procesos y de los lugares que se recorren. No se evidencia ofrecimiento de productos.

ENCARGADA DE RESERVA: En la entrevista con la trabajadora y la revisión de la descripción de cargos, se constata que sus principales funciones son:

- Ingreso de las reservas de los clientes

- Atención telefónica, entregando información a los clientes sobre los tour disponibles y sus características.

- Ingreso de las reservas de clientes agencias o eventos individuales dando respuesta en el mismo día de manera completa, rápida y en el idioma que corresponda.

La trabajadora entrevistada indica que dentro de sus funciones no tiene que ofrecer ni vender ningún producto o servicio y que no tiene metas comerciales de ningún tipo.

En la revisión de los contratos de trabajo y registro de asistencia, se constata que la jornada de trabajo es en turnos de lunes a viernes de 09:00 a 18:00 horas. En el registro de asistencia se evidencia que cumple esa jornada.

En la revisión de los comprobantes de pagos de remuneraciones, no se evidencia ningún incentivo comercial variable".

Sobre la base de esos hechos, es posible informar que la actividad de turismo enológico corresponde a una actividad de servicios, en la que los dependientes que cumplen funciones como encargada de turismo, peticero y guía turístico, prestan servicios en domingo atendiendo directamente al público.

Por lo tanto, resulta posible informar, que al tenor de la estructura normativa descrita, las actividades desarrolladas en Viña Santa Rita, referidas a la realización de recorridos culturales e históricos por sus viñedos e instalaciones, se encuentran comprendidas en el numeral 7 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo.


Con base en los mismos antecedentes, se ha evidenciado que los trabajadores por los que se consulta, no efectúan actividades que puedan ser definidas como de comercialización de productos, ni perciben estímulos ni comisiones en función de ventas. Por lo expuesto, no resultará procedente calificar a aquellos como dependientes del comercio.

Como consecuencia de lo anterior, las normas sobre feriados obligatorios e irrenunciables contenidas en el artículo 2º de la Ley N° 19.973 de 10.09.2004, no resultan aplicables a los dependientes que se desempeñan en el área de turismo enológico de la Viña Santa Rita, toda vez que estos no ostentan el carácter de trabajadores del comercio.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cúpleme informar que los dependientes que se desempeñan en el área de turismo enológico de Viña Santa Rita, se encuentran exceptuados del descanso en día domingo y festivos, en virtud de lo dispuesto en el numeral 7º del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, sin embargo, al no tener el carácter de trabajadores del comercio, no se encuentran afectados a las disposiciones sobre feriados obligatorios e irrenunciables contenidas en el artículo 2º de la Ley N° 19.973.

Saluda a Ud.,

Loreto Barrera
LORETO BARRERA PEDEMONTÉ
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



[Handwritten signature]
RGR/PRC

Distribución:

Jurídico, Partes, Control