

## **¿PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO TRABAJADORES DE COMERCIO LOS GUARDIAS DE SEGURIDAD?**

**Respecto del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, el cual señala que aquellos trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público están exceptuados de lo indicado en el párrafo cuarto del mismo cuerpo legal en relación del “Descanso Semanal”, existen dos interpretaciones distintas, dependiendo de qué se entiende por atención directa a público.**

La Corte Suprema ha señalado que, desde una interpretación más restringida del concepto “atención a público”, se debe entender como aquella que es imprescindible para materializar o apoyar una venta o servicio. La segunda interpretación, la más amplia, incorpora a todos aquellos trabajadores que resultan indispensables para que el trato con el público sea posible.

A mayor abundamiento, la Corte ha señalado que una interpretación restrictiva del precepto es contradictoria con la finalidad tuitiva del derecho laboral y con la historia fidedigna de la ley. Por último, y de acuerdo a lo señalado en el reglamento interno de los guardias, atienden de manera directa al público, razón por la cual, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia, confirmado el fallo de primera instancia el cual había acogido la demanda de cobro de prestaciones laborales presentada por los guardias de seguridad.

**Cuarta Sala de la Corte Suprema. Ingreso N°4492-2019**

Santiago, quince de septiembre de dos mil veinte.

**VISTOS:**

En autos sobre cobro de prestaciones laborales en contra de RIPLEY STORE SPA, seguido ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT 0-2735-2018, por sentencia de 27 de septiembre de 2018, se acogió la demanda, declarándose que los actores -guardias de seguridad- se encuentran incluidos en la hipótesis del artículo 38 n°7 del Código del Trabajo, por lo que se les deberán pagar las prestaciones contempladas en el artículo 38 inciso 2 y 4, y 38 bis del Código del Trabajo con arreglo a la Ley n°20.823.

Ante dicha decisión, el demandado interpuso recurso de nulidad, alegando la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, en su hipótesis de infracción de ley, y, en subsidio, la del artículo 478 letra c) del mismo cuerpo normativo.

Por sentencia de 10 de enero de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad, procediendo a dictar sentencia de reemplazo, rechazando la demanda.

Contra este último fallo, la parte demandante dedujo recurso de unificación de jurisprudencia, ordenándose traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando, respecto de la materia de derecho objeto del juicio, existen distintas interpretaciones sostenidas por uno o más fallos firmes emanados de los tribunales superiores de justicia. La presentación respectiva debe ser fundada, incluir una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto del asunto de que se trate, sostenida en las diversas resoluciones y que hayan sido objeto de la sentencia contra la que se recurre y, por último, se debe acompañar copia fidedigna del o de los fallos que se invocan como fundamento.

**SEGUNDO:** Que la materia de derecho que se solicita unificar dice relación con si los guardias de seguridad pueden ser considerados como trabajadores de comercio, regulados en el n°7 del artículo 38 del Código del Trabajo, con el objeto de determinar si son beneficiarios de los derechos contemplados en el inciso 2 del artículo 38 y en el 38 bis del mismo cuerpo normativo.

**TERCERO:** Que, revisada la prueba acompañada por las partes, el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en causa RIT 2735-2018, determinó que los demandantes son guardias y no vendedores, agregando -en atención a los antecedentes presentados- que atienden directamente público, ya que resuelven dudas, guían o asesoran, indicándose incluso en el reglamento interno que dentro de sus funciones se incluye el servicio hacia los clientes y funcionarios.

**CUARTO:** Que, como se indicó, conociendo del recurso de nulidad, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la pretensión de la demandada en atención a la causal establecida en el artículo 477 del Código del Trabajo, en su hipótesis de infracción de ley.

Lo anterior, toda vez que consideró que el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo necesariamente alude a los trabajadores que interactúan con los clientes para materializar o apoyar una venta, o para suministrar un servicio, cuestión que no acontecería con los guardias de seguridad, cuyo servicio sería completamente distinto, no siendo razonable identificar acciones tales como responder consultas o entregar información con el cometido de “atender directamente al público”.

Agrega que las labores del personal de seguridad corresponden a tareas de vigilancia y control, por lo que no forman parte de la explotación del servicio que ofrece el establecimiento, y que la cuantía de sus remuneraciones no depende del trabajo en días domingos y festivos (como ocurre con los vendedores y comisionistas), sino que las funciones que realizan requieren continuidad por las necesidades que satisfacen, debiendo incluirse en el numeral 2 del artículo 38, y no en el numeral 7.

**QUINTO:** Que, atendido lo dispuesto en los artículos 483 y 483 A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando existen interpretaciones diversas, sostenidas en distintos fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de la materia de derecho objeto del juicio.

De esa forma, el arbitrio en cuestión debe ser fundado e incluir una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones recaídas en el asunto objeto de la sentencia recurrida, debiendo acompañarse copia fidedigna de la o las sentencias que se invocan como fundamento. En este caso, las referidas exigencias se cumplen.

**SEXTO:** Que, en primer lugar, la recurrente expone que existen dos posibles interpretaciones.

La primera de ellas, aquella por cuya aplicación aboga, supone que la normativa introducida por la Ley 20.823 es plenamente aplicable a todos los trabajadores

que desempeñan sus funciones con atención directa o complementaria al público en establecimientos de comercio y servicios, entendiendo que no discrimina según las funciones que se cumplen, y que es lo suficientemente amplia para incluir las labores realizadas por los actores.

La segunda postura, que se alega que correspondería con aquella sustentada por la Corte de Apelaciones en el fallo que motiva este recurso, supone que los trabajadores incorporados en el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo serían nada más aquellos que, trabajando en un establecimiento de comercio, tienen como función atender directamente al público para materializar o apoyar una venta o suministrar un servicio, agregándose que el trabajador debe explotar el giro comercial de la empresa.

**SÉPTIMO:** Que, en consecuencia, existiendo distintas interpretaciones sobre una materia de derecho corresponde que esta Corte se pronuncie acerca de cuál es la tesis correcta.

**OCTAVO:** Que, en segundo lugar, la parte recurrente acompaña cuatro sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones que justifican la postura que sustenta.

Primero, se refiere a la sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2382-2017, en que se alegó como error de derecho la contravención al numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, al no incluirse en esa categoría a los reponedores. En dicha oportunidad, luego de indicar que el recargo establecido en el inciso segundo del artículo 38 se justifica por realizar una labor que puede perfectamente ejecutarse en días de descanso, señala que: “la expresión respecto de los trabajadores que realicen dicha atención ha de entenderse se refiere tanto a los trabajadores que atienden directamente al público como a aquéllos que realizan labores que pueden no suponer trato directo con el público, pero que son necesarias o indispensables para que el que lo hace pueda efectivamente hacerlo. Para ejemplificar, si un establecimiento de comercio atiende público en día domingo, quienes laboren en él están exceptuados del descanso que la ley prevé para ese día; pero el trabajador que, por ejemplo, presta labores de limpieza en la bodega donde se guardan los productos que se expenden en el establecimiento, ubicada en un inmueble distinto, no tiene necesidad de trabajar en domingo y por lo tanto debe respetársele el día de descanso”.

En segundo lugar, presenta para cotejo la sentencia que rechaza la nulidad alegada, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 40- 2017, con fecha 3 de mayo de 2017, en que se alegó que se habría hecho extensible incorrectamente la norma en cuestión a los panificadores dependientes de una empresa dedicada a la venta de pan. En dicho caso, luego de indicar que los trabajadores no atendían público, y prestar atención a la historia de la Ley 20.823, la Corte señaló que: “Es claro entonces, que el artículo 38 bis tuvo por

finalidad beneficiar a todos los trabajadores del sector del comercio, sin distinción según si estos atiendan directamente al público o no (...) es patente que teniendo claro cuales eran los antecedentes precisos que inspiraron la redacción del artículo 38 bis, se manifiesta en ella misma el alcance de esta modificación legal, cual es favorecer a todos los dependientes del comercio que laboran los días domingo. Es más, siguiendo con las antedichas reglas de hermenéutica legal el reenvío del artículo 38 bis al artículo 38 inciso 1° N° 7, se torna, a lo menos ambiguo, o mejor dicho obscuro, pues ésta última norma – promulgada con anterioridad al modificación legal- es la que contiene la exigencia de atención directa al público, cuestión que ni siquiera estuvo considerada o prevista en el debate legislativo, de modo que dicha disposición ya no asoma como un texto legal prístino que sólo debía analizarse al amparo del elemento semántico, sino que, por el contrario, aflora en toda su dimensión la segunda regla de interpretación, esto es, la historia fidedigna del establecimiento normativo y, por cierto también, el elemento sistemático, que considera el ordenamiento positivo como un todo que obedece a ciertos principios superiores”.

En tercer lugar, acompaña la sentencia en recurso de nulidad Rol 201- 2017 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 19 de diciembre de 2017, en que se discutió esta cuestión a propósito de los trabajadores de casinos de juegos, determinando, luego de indicar que la Corte Suprema ha señalado que los casinos de juego son establecimientos de comercio, que: “De acuerdo a ello resulta que en esta aproximación a la materia la naturaleza de los servicios que proporcionan los casinos de juegos es de los descritos en el N° 7 del artículo 38 del Código, ya que se trata de establecimientos de comercio, que son a los que ese numeral se refiere”. Inmediatamente después la Corte expone que: (...) esta tesis sobre la naturaleza de la actividad que desarrollan los casinos de juegos y que comprendería a sus trabajadores en el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, es corroborada por disposiciones legales expresas que, entre otros, prohíben el funcionamiento de los casinos de juego en aquellos días en que se realizan actividades que involucran a todos los habitantes de la Nación, sin que en modo alguno ordenen la paralización de aquellas 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, a las que se refiere el artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo.

Por último, presenta para cotejo la sentencia dictada a propósito de un recurso de nulidad por la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 72-2016, en la que se analiza la posibilidad de aplicar la disposición del artículo 38 numeral séptimo a los mercaderistas y reponedores. En dicho pronunciamiento se indica que: “(...) la calificación jurídica realizada por el tribunal, se encuentra conforme a la opinión de la Inspección del Trabajo y lo que es de mayor relevancia aún, de acuerdo al Principio Rector de la Legislación Laboral, cual es ‘In dubio pro operario’. Es correcta la calificación jurídica de ser la labor de los reponedores

subsumible en la norma del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, que considera ‘a quienes se desempeñan en establecimientos de comercio y de servicios que atienden directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención...’, pues el elemento distintivo de ‘atender directamente al público’ que hace que estos trabajadores entren en esta categoría, es innegable que concurre. Se aprecia de la larguísima lista de funciones que la propia recurrente realiza y que se reprodujo en el considerando sexto, que esta clase de trabajadores se desenvuelven de manera multifuncional, ordenando, reubicando, trasladando, marcando, inventariando mercadería, entre otros muchos quehaceres. Son ellos, en los hechos, quienes en el desarrollo de dichas funciones tienen el mayor contacto con el público y le atienden y le prestan orientación sobre ubicación de productos, precios de mercaderías, existencia de ofertas, etc. Ello surge de la propia polifuncionalidad que ostentan.

Las máximas de la experiencia de estos sentenciadores y que son extensibles a todos aquellos que hemos concurrido a un establecimiento de comercio, demuestran que al vernos enfrentados a dudas sobre ubicación de productos y todo lo que a ellos atañe, son precisamente los reponedores o mercaderistas quienes dan respuesta a las mismas. Si alguien pretende que esa labor no sea calificada jurídicamente de atención directa al público, se trata de alguien que desconoce la realidad del rubro y es precisamente en esta materia donde la primacía de la realidad tiene vital relevancia por sobre la descripción de funciones que hace el empleador, que en el papel omiten añadir la ‘atención directa al público’. Para atender al público se requiere estar en contacto con él y eso lo hacen a diario los reponedores”.

**NOVENO:** Que se constata la existencia de pronunciamientos diversos emanados de tribunales superiores de justicia respecto de las materias de derecho debatidas, por lo que procede unificar la jurisprudencia, conforme el criterio que esta Corte estima correspondiente.

**DÉCIMO:** Que para dar cumplimiento a esta tarea habrá que comenzar recordando la presencia de dos interpretaciones diversas acerca del sentido del artículo 38 n° 7 del Código del Trabajo. Según la primera, aquella que acoge la sentencia recurrida, la atención directa al público se limitaría a aquella imprescindible para materializar o apoyar una venta o servicio. La segunda interpretación amplía el campo semántico de la norma, incorporando a aquellos trabajadores que resultan necesarios o indispensables para que trato con el público sea posible.

En abono de esta tesis amplia se ha señalado, por una parte, que la finalidad perseguida por el legislador con la dictación del artículo 38 bis consistía en favorecer la situación de aquellos trabajadores que debían ejercer sus funciones durante el día domingo. Por otra parte, se ha indicado que el principio “*in dubio*

*pro operario*” favorecería una interpretación amplia del precepto que no lo limite a quienes se relacionan con el público con el objeto de concretar un contrato.

**UNDÉCIMO:** Que, las ideas expuestas en el considerando anterior favorecen la reflexión acerca de la adecuada inteligencia del precepto en discusión.

En esa discusión habrá que tener, ante todo, presente que, como ha quedado acreditado en la sentencia de primera instancia, los guardias de seguridad se relacionan con el público, resuelven dudas de los clientes, los guían o asesoran. Pero no solo eso, en el reglamento interno se establece que dentro de sus funciones se incluye el servicio hacia los clientes y funcionarios.

A continuación, habrá que advertir que el artículo 38 n° 7 del Código del Trabajo se refiere a los “trabajadores que realicen dicha atención”, es decir a aquellos que “atiendan directamente al público”.

No hay mayor exageración en afirmar que, en cierto sentido, la labor de todos los trabajadores se orienta hacia el público pues su giro comercial consiste, predominantemente al menos, en el suministro de bienes y servicios al público. La distinción que establece el precepto es que lo hagan “directamente”, es decir, sin intermediación, pues siendo de esta manera, no cabe duda de que, tratándose de establecimientos abiertos durante el día domingo, dichos trabajadores deben estar a disposición del público durante el día domingo.

Presentadas las cosas de esta manera, no resulta evidente por qué debería favorecerse una lectura del precepto que restringiera su alcance a aquellos trabajadores y trabajadoras que, atendiendo directamente al público, lo hacen con el exclusivo propósito de materializar o apoyar la celebración de un contrato.

Se trata, por supuesto, de una interpretación posible, pero el proceso interpretativo no aspira a identificar todas las interpretaciones posibles, sino a favorecer aquella que resulta preferible.

En verdad, no se entiende por qué debería preferirse la interpretación restringida del precepto que propone la sentencia recurrida. Resulta más bien contradictoria con la finalidad tuitiva del derecho laboral, por otra parte, no encuentra raigambre en la historia fidedigna de la ley, en tercer lugar, de hecho y por reglamento los guardias atienden de manera directa –esto es, sin intermediación– al público. En razón de lo anterior, la Corte de Apelaciones no debió acoger el **recurso** de nulidad deducido en contra de la sentencia de base, sino que rechazarlo.

Por lo reflexionado, normas legales citadas y lo prevenido en los artículos 483 al 484 del Código del Trabajo, **se acoge** el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la demandante, respecto de la sentencia de 10 de enero de 2019,

de la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto hizo lugar al recurso de nulidad deducido por la demandada, y, en su lugar, se declara que se le desestima, razón por la cual la sentencia de base no es nula

Redacción del Abogado Integrante Sr. Iñigo de La Maza

Regístrese y devuélvase.