

SON TRABAJADORES DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO Y DE SERVICIOS QUE ATIENDAN DIRECTAMENTE AL PÚBLICO, TAMBIÉN, A QUELLOS QUE SE DESEMPEÑEN EN ATENCIÓN TELEFÓNICA EN CALL CENTER

La Excelentísima Corte Suprema, conociendo del recurso de unificación de jurisprudencia, ha señalado finalmente que, el trabajo en call centers forma parte de la actividad de servicio o atención directa a público, en la medida que implica un contacto en tiempo real con los clientes o usuarios.

Se interpone recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones que acoge finalmente el recurso de nulidad, anulando el fallo de base que declaraba que los actores se encontraban en la hipótesis del artículo 38 inciso segundo y 38 bis del Código del Trabajo, correspondiéndoles, en dicho caso, el recargo del 30% sobre las horas ordinarias trabajadas en días domingo.

Cociendo la causa, la Corte Suprema, realizando un estudio de la historia de la ley 20.823 que agrega los artículos 38 y 38 bis en el Código del Trabajo, indica que es posible constatar que dichas normas tuvieron en consideración un sector de la actividad económica sin diferenciaciones según puesto de trabajo o funciones, sino que únicamente permitir a los trabajadores que prestan servicios en día domingos y o festivos en su jornada ordinaria la “compatibilización de la vida familiar con la vida laboral”.

Se unifica la jurisprudencia en el sentido “de que la categoría contemplada del numeral séptimo del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, incluye a los trabajadores de establecimientos de comercio y servicios, en particular, a los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de call center y que presten servicios de agentes telefónicos y/o supervisores. Asimismo, se unifica la jurisprudencia en el sentido que la atención directa al público que exige la referida disposición, no exige la presencia física en un mismo recinto del trabajador y del público, pudiendo realizarse a través de medios tecnológicos, como es la comunicación por vía telefónica”.

CUARTA SALA CORTE SUPREMA. INGRESO 4469-2019

Santiago, veintidós de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos RIT 0-7051-2017, RUC 1740006708-7, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por sentencia de primero de agosto de dos mil dieciocho, se hizo lugar a la demanda de cobro de prestaciones deducida por el Sindicato de Empresa Xinerxia Laboral, en contra de la empresa Xinerxia Laboral Servicios Generales Limitada y solidariamente en contra de la empresa Entel Call Center S.A., declarando que los trabajadores pertenecientes al sindicato demandante se encuentran comprendidos en la hipótesis del artículo 38 inciso segundo y 38 bis del Código del Trabajo, condenando a esta última al pago del recargo de un treinta por ciento sobre las horas ordinarias trabajadas en días domingo, desde el mes de noviembre de 2015 a la fecha en que se dicte la sentencia, respecto de los trabajadores que indica, junto a otorgar los días domingos de descanso adicional a los socios que indica, correspondientes a los años 2015 y 2016, condenando subsidiariamente a la empresa Entel Call Center S.A. de la primera de las prestaciones referidas, y desestimando la demanda por daño moral.

En contra del referido fallo la demandada principal, Xinerxia Laboral Servicios Generales Limitada, interpuso recurso de nulidad y una sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por sentencia de ocho de enero de dos mil diecinueve lo acogió y, en sentencia de reemplazo, rechazó la demanda en todas sus partes.

En relación a esta última decisión, el sindicato demandante interpuso recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando que esta Corte lo acoja y dicte la de reemplazo que describe.

Se ordenó 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 la recurrente solicita unificar consiste en determinar si las normas del artículo 38 inciso segundo y 38 bis del estatuto laboral, introducidas por la Ley N° 20.823 les resultan aplicables a los trabajadores que se desempeñan prestando servicios de atención telefónica en un call center, suministrando información de diferentes materias y para distintos clientes.

En síntesis, refiere que habiéndose tenido por acreditado que los trabajadores afiliados al sindicato demandante se desempeñan como agentes telefónicos, vinculados a partir de contratos de trabajo con la demandada principal y ejecutando labores en un establecimiento de la demandada solidaria,

cumpliendo funciones de atención directa al público en turnos rotativos que incluyen los días domingos y festivos, tienen derecho al recargo del treinta por ciento por las horas trabajadas durante los días domingos, establecido en el artículo 38 inciso segundo del Código del Trabajo, y al otorgamiento de los días de descanso adicionales referidos en artículo 38 bis del mismo cuerpo legal.

Agrega que yerra la sentencia impugnada al concluir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, dichos beneficios sólo se aplican a los trabajadores del comercio, excluyendo a quienes se desempeñan en establecimientos de servicios, siendo aplicable para ambas categorías, a partir de una interpretación de las normas fundadas en el principio protector y en la historia fidedigna de la Ley N° 20.823.

Afirma que el segundo error de la judicatura consiste en concluir que, para incluir a los trabajadores de establecimientos de comercio y/o servicios en las prestaciones y beneficios referidos, se requiere que dichos trabajadores atiendan directamente al público, lo que implica que clientes y trabajadores se encuentren en un espacio determinado y en presencia física, pues de otra manera no podrían entenderse que atiendan directamente al público. Cuestiona lo anterior como errado, pues la atención directa al público también comprende la utilización de medios tecnológicos y de comunicación en vivo, como la atención telefónica.

En virtud de lo anterior, concluye que los actores, por la naturaleza de los servicios prestados, cumplen con los requisitos legales para ser subsumidos en la categoría creada por el numeral 7 del inciso primero del artículo 38 del estatuto laboral, por tratarse de trabajadores de establecimientos de servicios que realizan atención directa al público, siendo así entendido por fallos de tribunales superiores de justicia que acompaña

Tercero: Que para los efectos de fundar el recurso, se citan como fallos de contraste los dictados por las Cortes de Apelaciones de San Miguel y de La Serena, en los autos Roles N° 303-2018 y 162-2016 respectivamente.

La primera de ellas, llamada a pronunciarse sobre una acción de cobro de prestaciones de un grupo de trabajadores en contra de la empresa Entel Call Center S.A., cuya pretensión consistía en la aplicación a los actores, que cumplían funciones de asistentes telefónicos, de las normas contenidas en el inciso segundo del artículo 38 y artículo 38 bis del Código del Trabajo, refirió que *"...los trabajadores de la empresa call center demandada atienden directamente al público, pues resulta evidente que entre el trabajador y la persona que llama no existe un intermediario, siendo aplicable a su respecto la Ley N° 20.283 de 2015, correspondiendo pagar con recargo del 30% las horas ordinarias trabajadas en día domingo por los actores, como asimismo, otorgar los descansos del artículo 38 bis del Código del Trabajo"*.

De la misma forma, la segunda sentencia en comento, a propósito de la discusión relativa a determinar si los reponedores de supermercados tienen derecho al descanso contemplado en el artículo 38 bis del estatuto laboral, concluyó que *"...la nueva normativa que la Ley N° 20.823 introduce al Código del Trabajo, amplía el universo de trabajadores de comercio y de servicios destinatarios de los nuevos beneficios establecidos, e incorpora a todos los trabajadores que laboran en empresas de esos rubros, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención personal o directa al público..."* agregando que *"...resultaría contraria a la Constitución, la interpretación restrictiva que hiciera aplicable solo a los trabajadores que atiendan directamente al*

público el precepto que nos ocupa, pues ello constituiría una arbitrariedad y discriminación que atenta contra las normas supra-legales, entre ellas, las que consagran la igualdad ante la ley y la justa retribución”.

Cuarto: Que de la lectura de la sentencia impugnada se observa que resuelve la controversia con un criterio diferente al recién expuesto, pues al pronunciarse sobre el recurso de nulidad entablado por la demandada principal, lo acoge por la causal contemplada en el artículo 478 letra c) del estatuto laboral, señalando, en lo pertinente, que *“...el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, dispone que se exceptúan de lo ordenado en los artículos anteriores, los trabajadores que se desempeñen en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público...conforme a su texto, se requiere entonces que concurren dos condiciones copulativas: que se trate de un establecimiento de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, y se trate de trabajadores que, dentro de dicho establecimiento así lo hagan, y para ello se debe tener presente la alta frecuencia y masividad a que están sometidos dichos trabajadores, propósito que fue considerado por la Ley N° 20.823”.*

Asimismo, continúa señalando que *“...conforme a las labores que ejecutan los demandantes, tal como quedó establecido por la juez del grado, no se puede estimar que aquellos puedan quedar incorporados en la hipótesis del artículo 38 N° 7...por cuanto aquellos no atendían directamente al público como exige la norma, si bien sus labores requerían continuidad operacional de los servicios prestados, ni tampoco pueden, conforme a la norma, considerarse dependientes de comercio”.*

Finalmente, concluye que las labores de los agentes telefónicos *“...no calzan dentro del concepto de venta o expendio de acuerdo a la norma, y tampoco puede asimilarse su labor a un contacto directo con el público. La utilización del concepto de inmediato en la referencia a la cercanía física suele ser más exacto, ya que permite indicar contigüidad”*, quedando los actores, a juicio de la Corte de Apelaciones, comprendidos en el numeral segundo del artículo 38 del estatuto laboral, atendida la continuidad de los servicios.

Quinto: Que, como se observa, concurren dos interpretaciones disímiles sobre una idéntica materia de derecho, presupuesto necesario del recurso de unificación de jurisprudencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 del Código del Trabajo, por lo que esta Corte debe establecer cuál es la correcta.

Sexto: Que los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia de mérito son los siguientes:

1.- Los demandantes prestan servicios para la Empresa Xinerгия Laboral, consistente en la atención telefónica para diversos clientes en régimen de subcontratación con la empresa Entel Call Center S.A., la que a su vez entrega servicios para otros establecimientos públicos y privados (Inacap, Ministerio de Salud, Fonasa, entre otros). En ese contexto, los actores se desempeñan como agentes telefónicos y/o supervisores de estos, siendo sus funciones aclarar dudas o entregar información, conforme plataforma, al público o cliente vía telefónica.

2.- Los demandantes prestan servicios en jornadas de 20 a 45 horas semanales, en turnos rotativos de lunes domingo, incluyendo festivos, ejecutando sus servicios en dependencias de la empresa Entel Calle Center S.A.

Séptimo: Que sobre la base de dicho presupuestos fácticos, el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto pretende que esta Corte determine si los trabajadores que se desempeñan prestando servicios de atención telefónica en un call center, suministrando información de diferentes materias y para distintos clientes, quedan comprendidos en la categoría contemplada en el numeral séptimo del artículo 37 del Código del Trabajo, esto es, ser trabajadores de “... *establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público*” para, a su vez, concluir que le son aplicables las normas del artículo 38 inciso segundo y 38 bis del estatuto laboral, introducidas por la Ley N° 20.823, en el sentido de, sea cual fuere su jornada de trabajo, las horas ordinarias trabajadas en día domingo les sean remuneradas con un recargo de, a lo menos, un treinta por ciento, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y, además, gozar adicionalmente de siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo.

Octavo: Que para un adecuado análisis de la discusión jurídica materia del presente recurso, es necesario transcribir las normas jurídicas que permitirán resolver la cuestión de derecho.

En primer término, el artículo 38 del Código del trabajo, a propósito de la regulación de las actividades exceptuadas de los descansos semanales, compensatorios y la regulación de la jornada excepcional, establece, en lo que interesa, que: *“Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores (referidos a los descansos semanales regulados en el párrafo 4°, del libro I, título I del Código del Trabajo), los trabajadores que se desempeñen: N° 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;... N° 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... Por su parte, el inciso segundo del referido artículo 38 continúa señalando que: “...En el caso de los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso anterior, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, el 30% calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Dicho recargo deberá liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones del respectivo periodo. El valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingo”.*

Finalmente, el artículo 38 bis del Estatuto Laboral, a propósito de la regulación de los días domingos adicionales de descanso a los trabajadores del comercio, refiere que: *“Sin perjuicio de lo señalado en el inciso cuarto del artículo anterior (artículo 37, que establece el derecho de los trabajadores contemplados en el numeral séptimo en referencia a dos días domingo de descanso por cada mes calendario), los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso primero del mismo artículo gozarán, adicionalmente a ello, de siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo. Solo mediante acuerdo escrito entre el empleador y los trabajadores, o con el o los sindicatos existentes, hasta tres de dichos domingos podrán ser reemplazados por días sábado, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal. Este derecho al descanso dominical no podrá ser compensado en dinero, ni acumulado de un año a otro”.*

Noveno: Que, como se dijo, la sentencia impugnada determinó que, de acuerdo a la naturaleza de las funciones que cumplían los trabajadores del Call Center dependiente de la demandada, no

pueden quedar subsumidos en la hipótesis del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, sino más bien en el N° 2 del citado precepto legal, por la continuidad de los servicios. Lo anterior, toda vez que consideró que no era posible estimar que los demandantes atendieran directamente público ni debiesen considerarse como dependientes de comercio, como exige el artículo 38 N° 7 citado.

Décimo: Que los artículos 38 y 38 bis del Código del Trabajo fueron incorporados al ordenamiento jurídico mediante la dictación de la Ley N° 20.823, de cuya lectura se desprende que los fundamentos específicos de la moción parlamentaria que le dio origen fue permitir a los trabajadores que prestan servicios en días domingos y festivos *“...la compatibilización de la vida familiar con la vida laboral, entendiéndose que no tiene el mismo valor social el trabajo realizado en dichos días, que el llevado a cabo en un día de semana cualquiera”* (Boletín N° 9386-13 sobre Proyecto de ley sobre modificación del Código del Trabajo en materia de jornada de trabajadores que indica).

Aun cuando del estudio de la historia de la ley en referencia se desprende que el objetivo inicial del proyecto era otorgar dichos beneficios a los trabajadores que se desempeñen exclusivamente en establecimientos de comercio, en particular aquellos que realizan labores en el sector denominado *retail*, (existiendo incluso una indicación del Poder Ejecutivo en dicho sentido), durante su discusión parlamentaria, buena parte de los comentarios, observaciones e intervenciones de los legisladores incluyeron tanto a los trabajadores del comercio como de servicios, según se demuestra de la discusión en el Senado, en el que se explicitó que el proyecto de ley se refería a ambos sectores.

De dicha manera se señala al presentarse el segundo trámite constitucional en el Senado, refiriendo como objetivos del proyecto *“...contemplar para los trabajadores del comercio y de servicios que atienden directamente al público siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo, adicionales a los domingos de descanso mensual...”* e *“... introducir un sistema de compensación para todos los trabajadores que están excepcionados del descanso semanal en día domingo, el que consistía en establecer que las actividades realizadas en días domingo y festivos fueran remuneradas con un recargo...”*.

Siguiendo el análisis de la historia de la ley, es posible constatar que la incorporación del articulado en referencia, a partir de la dictación de la Ley N° 20.823, tuvo en consideración un sector de actividad económica, sin diferenciaciones según puesto de trabajo o funciones o dependencia laboral, con el fin de resguardar y proteger diversos principios como el valor de la familia y la no discriminación en las condiciones laborales. En definitiva se amplió el universo de trabajadores de comercio y de servicios, identificado de esta manera, en términos genéricos, por los legisladores, y no a un grupo determinado dentro de dicho sector.

Lo reseñado lleva a concluir, a juicio de esta Corte, que la categoría del numeral séptimo del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo incluye tanto a los trabajadores del comercio y de servicios, sin que sea necesario, como lo señala la sentencia impugnada que concurren ambos elementos en forma copulativa.

Undécimo: Que, por otro lado, corresponde determinar si el requisito de “atención directa al público”, que contempla la categoría del numeral séptimo del inciso primero del citado artículo 38 del Código del Trabajo, exige la presencia física, en un mismo recinto, en un contacto inmediato entre los trabajadores de los establecimientos de comercio y servicios y el público, como lo afirma la sentencia impugnada, o bien si queda comprendido dentro del concepto de “atención directa”,

la realizada por el trabajador a partir de medios tecnológicos de comunicación en vivo, como la atención telefónica.

Duodécimo: Que, al respecto, cabe recordar que la sentencia de mérito tuvo por acreditado que los demandantes prestan servicios consistentes en la atención telefónica para diversos clientes o usuarios de establecimientos públicos y privados, siendo sus funciones el aclarar dudas y/o entregar información, conforme plataforma, al público o cliente vía telefónica, en jornadas de 20 a 45 horas semanales, en turnos rotativos de lunes domingo, incluyendo festivos y en dependencias de la empresa mandante.

Dichas labores, no pueden sino formar parte de la actividad de servicio o atención directa al público, en la medida en que implica un contacto en tiempo real con el cliente o usuario, suministrándole información de diferentes materias y aclarando sus dudas en forma inmediata, mientras se verifica la llamada telefónica, lo que exige una ocupación directa y personalizada del trabajador hacia el público, cuya extensión depende de la interacción en vivo que exista entre ambos.

Las razones justificativas antedichas en nada cambian si la actividad de marras es realizada telefónicamente y sin contacto físico con el cliente o usuario, desde que lo calificado dice relación exclusiva con la actividad productiva ejecutada y no con cuestiones anexas como las herramientas utilizadas para la comunicación o el hecho de encontrarse en espacios físicos distintos, máxime si el contacto telefónico se realiza en forma directa.

Decimotercero: Que, por otro lado, tomando en consideración aquellos objetivos y principios referidos en las motivaciones precedentes a propósito de la historia de la Ley N° 20.823, es dable concluir que una de las razones por las cuales se les otorga los beneficios en comento a los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio o servicios que presta atención directa al público, dice relación con la carga física y emocional que puede generar al trabajador esta labor, cuando su función real se realiza durante un tiempo prolongado. Lo anterior se ve ratificado por la opción del legislador de no otorgar dicho derecho cuando la actividad se realice por un tiempo inferior, como lo dispone la parte final del inciso cuarto del artículo 38 del estatuto laboral que excluye aquellos trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos o aquellos que trabajen exclusivamente los días sábado, domingo o festivos.

Desde esa perspectiva, y en armonía con el principio protector que sustenta la hermenéutica del ordenamiento jurídico laboral, esta Corte concluye que aquellos trabajadores de establecimientos de comercio y servicios que atienden directamente al público vía telefónica, soportan la misma carga física y emocional que aquellos que lo realizan de manera presencial, no existiendo razones suficientes que permitan hacer diferencias en cuanto a los beneficios que la ley otorga por el desempeño de sus funciones los días domingos y festivos.

Decimocuarto: Que así, por lo demás, ha sido entendido por la jurisprudencia administrativa. En efecto, el Ordinario N° 2205/37 de 6 de mayo de 2015, emanado de la Dirección del Trabajo, referido a la aplicación de las normas en estudio respecto de trabajadores que se desempeñen en call center de retail, señala que *“...habrá que establecer si se cumplen o no las condiciones señaladas en la norma legal mencionada, esto es, que se trate del desempeño de actividades de comercio y servicios y que los trabajadores cumplan funciones consistentes precisamente en otorgar atención directa al público en dichas áreas de actividad. En cuanto a este último aspecto preciso es señalar que de acuerdo a la definición de la Real Academia Española la expresión “directa” significa “derecho en*

línea recta”, “que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios”, de tal forma la atención comercial proporcionada por los trabajadores de call center, en la medida que signifique un contacto inmediato con el público, cumpliría con tal característica”.

Decimoquinto: Que, en consecuencia, y de conformidad con los razonamientos asentados en las motivaciones precedentes, se unifica la jurisprudencia en el sentido de que la categoría contemplada del numeral séptimo del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, incluye a los trabajadores de establecimientos de comercio y servicios, en particular, a los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de call center y que presten servicios de agentes telefónicos y/o supervisores. Asimismo, se unifica la jurisprudencia en el sentido de que la atención directa al público que exige la referida disposición, no exige la presencia física en un mismo recinto del trabajador y del público, pudiendo realizarse a través de medios tecnológicos, como es la comunicación por vía telefónica.

Decimosexto: Que, por lo anterior, yerra la Corte de Apelaciones de Santiago al decidir excluir de los beneficios contemplados en el artículo 38 y 38 bis del Código del Trabajo a los demandantes de autos, razón por la cual el recurso de nulidad planteado por la parte demandada principal, fundado en la causal del artículo 478 letra c) del Código del Trabajo, debió ser desestimado.

Decimoséptimo: Que, por las consideraciones antes dichas, y habiendo determinado la interpretación que esta Corte estima acertada respecto de la materia de derecho objeto del juicio, el presente recurso de unificación de jurisprudencia será acogido en los términos que se indicarán.

Por lo reflexionado, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, **se acoge** el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia de ocho de enero de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que **acogió** el recurso de nulidad interpuesto por la demandada, contra la sentencia de primero de agosto de dos mil dieciocho, emanada del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en autos RIT 0-7051-2017, RUC 1740006708-7, y, en su lugar, se declara que **rechaza** el referido recurso de nulidad, **manteniéndose la decisión adoptada por la sentencia de primer grado.**

Regístrese y devuélvase.
Rol N° 4.469-2019.