

**Santiago, ocho de enero de dos mil diecinueve.**

**Vistos:**

En estos autos RIT O-7051-2017 provenientes del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, caratulados “Sindicato de empresa Xinergia laboral servicios generales Ltda., con Xinergia Servicios Generales”, por sentencia de uno de agosto de dos mil dieciocho, se acogió la demanda de cobro de prestaciones adeudadas, condenando a la demandada al pago de las sumas que allí se indican

Contra este fallo la parte demandante dedujo recurso de nulidad, invocando por vía principal la causal del artículo 478 letra c) de del Código del Trabajo y en subsidio de aquella causal invocada precedentemente, esto es, para el evento que se estime que el fallo atacado no adolece del vicio de nulidad contemplado en el artículo 478 letra c), solicita la invalidación del fallo en virtud del artículo 477 del Código del ramo, toda vez que la sentencia ha sido dictada con infracción de ley que influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señalando como infringidos los artículos 1545 del Código Civil, artículos 38 N°2 y N°7 y 38 bis del mismo código y artículo 3° N° 1 del Código de Comercio.

Pide por vía principal, la dictación de la correspondiente sentencia de reemplazo y rechace en todas sus partes la demanda y en subsidio de la causal invocada se proceda a la invalidación del fallo y la consiguiente dictación del mismo que rechace la demanda.

Con fecha veintinueve de agosto del año en curso, se declaró admisible el recurso y con fecha diez de diciembre de dos mil dieciocho se llevó a efecto la audiencia pertinente, oportunidad en que alegaron los abogados de las partes.

**Considerando:**

**Primero:** El apoderado de la parte demandada, don Reinardo Gajewski Molina, en representación de Xinergia Laboral Servicios Generales Limitada, sociedad dedicada al giro de prestación de servicios de “call center”, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en procedimiento de aplicación general, de 1° de agosto de dos mil dieciocho, que acogió parcialmente la demanda de autos y se dicte sentencia de reemplazo que anule aquella y que en definitiva se dicte la de reemplazo que



declare que se rechaza en todas sus partes con costas del recurso, la demanda por infracción a los artículos 38, 38 bis del Código del Trabajo.

Por vía principal señala que el fallo recurrido incurre en primer término en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 478 letra c) del código del ramo, toda vez que resulta necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos asentados en juicio sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior, todo lo que amerita la dictación de la correspondiente sentencia de remplazo que rechace en todas sus partes la demanda.

Que el artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo preceptúa: “Exceptuase 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” y el artículo 3 N° 1 inciso 3 del Código de Comercio, define: son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 1. La compra y permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.

Que de conformidad con lo establecido por la sentenciadora en virtud del considerando 5°, se establece en lo pertinente al vicio de nulidad invocado, los hechos de la causa que al efecto transcribe; que de los hechos asentados en la causa y que la sentenciadora ha tenido por acreditados, es posible advertir los siguientes elementos fácticos: I.- Que un gran porcentaje de los trabajadores de autos se desempeñan en calidad de Agentes Telefónicos, adscritos a los Servicios prestados por esta a su mandante Entel Call Center, mientras una cantidad menor ostentan el cargo de Supervisor, ello, en las instalaciones de la Empleadora, en Vicuña Mackenna.

II.- Que los servicios personales prestados por los demandantes consisten en la atención telefónica, bajo modalidad “In Bound” (Recepción de Llamados), de los requerimientos formulados por los usuarios finales de los clientes de la empresa principal “Entel Call Center S.A.”.



iii.- Que las labores de los trabajadores consisten –según la plataforma a la cual se encuentren adscritos -, y según lo razonado por la propia sentenciadora al siguiente tenor: “desde dar información respecto de admisión y postulación en el caso de Inacap, dar información acerca de las campañas de vacunaciones si se trata del Minsal, licencias médicas o trámites en el caso del Compin o cuanto sale y donde comprar un bono en el caso de Fonasa. Lo que viene a corroborar el detalle de los servicios prestados por los demandantes en la contestación de la demanda.”

iv.- Que los trabajadores “tienen estipulado en su contrato de trabajo la hipótesis del artículo 38 N°2 del Código del Trabajo a objeto de exceptuarlos del descanso dominical y festivos”.

v.- Y que, “Al tenor de los contratos de trabajo de los demandantes, algunos prestan servicios en jornada de 20 horas, otros de 45 horas, algunos solo los sábados y domingos, otros a través de la modalidad de Teletrabajo”.

Que la actividad comercial de su representada y por consiguiente, las labores ejecutadas por sus trabajadores, específicamente los restantes 268 demandantes de autos, que se desempeñaron en calidad de Agentes Telefónicos de acuerdo a los respectivos contratos individuales de trabajo, como en los hechos consiste únicamente en proporcionar información según el servicio al cual se encuentre adscrito cada Agente Telefónico, el que precisa y, los otros en calidad de “Supervisores”, quienes cumplían funciones de supervisión de las labores desempeñadas por los respectivos agentes telefónicos.

Luego de analizar cada uno de los contratos de las empresas para las cuales prestaban servicios, señala que queda de manifiesto que la categorización y contextualización de los trabajadores no se subsume en la hipótesis del artículo 38 n° 7, sino que en la del N° 2 del citado precepto legal, pues la errónea calificación de la sentenciadora, importa subsumir hechos en una hipótesis legal, en circunstancias en que los hechos adolecen de los requisitos que copulativamente resultan necesarios al efecto, cuales son:

1.- Que se trate de atención directa al público respecto de los trabajadores que realicen dicha atención lo que, por lo demás, excluye definitivamente a los trabajadores que conforme a sus contratos individuales de trabajo y funciones ejercidas corresponde al cargo de supervisores a saber once demandantes.



2.- Que se trate de un establecimiento de comercio en que se ejecuten actos de comercio, tal como lo determinó el legislador en cuanto a que al grupo de trabajadores al que se incorporó y concedió aquellas “excepciones a la regla” son trabajadores de mall, strip center, Retail y supermercados.

En consecuencia, alega que en la especie no se verificaron las condiciones copulativas que permitan sostener que los trabajadores demandantes se sitúan en la hipótesis del artículo 38 inciso primero n° 7 del Código del Trabajo, desde que no concurren las don condiciones copulativas exigidas por dicha norma a saber : a) que se trate de un establecimiento de comercio “Y” de servicios que atiendan directamente al público y , b) que se trate de trabajadores que, dentro de dicho establecimiento, atiendan directamente al público.

Conforme a los fundamentos que hace valer, señala que es evidente que resulta necesario la recalificación jurídica de los hechos asentados en el juicio, desde que la sentenciadora debió haber categorizado jurídicamente las labores desempeñadas por los trabajadores individualizados en las tablas insertas, en la hipótesis contemplada en el numeral 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, en atención a que éstos se desempeñan en labores o servicios que exigen continuidad por las necesidades que satisfacen y especialmente, en el caso de los supervisores no atienden directamente al público, así como un grupo de 20 trabajadores no trabajan en día domingo, por encontrarse adscritos a plataformas que no funcionan en tales días.

Que de haber sido correctamente calificadas las funciones desempeñadas por estos trabajadores, ciertamente, la sentenciadora habría estimado entonces que no aplica sus respecto lo dispuesto por el artículo 38 del Código del trabajo, ni que la demandada adeuda, suma alguna y finalmente, tampoco adeuda la demandada conforme al artículo 38 bis del Código del Trabajo domingo alguno, desde que dicha disposiciones resulta aplicables única y exclusivamente para los trabajadores del comercio, calidad jurídica que no reviste los trabajadores demandantes. Es por ello, que se incurre en error del derecho desde que dichos trabajadores no resultan ser acreedores del recargo sobre el 30%, ni 7 domingo anuales y por ende, malamente se pudo haber infringido lo dispuesto por los artículos 38 inciso 2° y 38 bis del Código del Trabajo a sus respecto, lo que ciertamente debió



conducir a la sentenciadora a resolver rechazar la demanda de autos en todas sus partes.

**Segundo:** Que, la causal de nulidad deducida, esto es, cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del fallo dictado por el tribunal a-quo, el recurrente lo hace saber cuándo indica que de no enmarcarse las labores de los demandantes, en aquellas comprendidas en la hipótesis del numeral 7° del artículo 38 del Código del Trabajo, sino que en la hipótesis del numeral 2° del citado precepto, debió conducir a la sentenciadora al rechazo de la demanda.

**Tercero:** Que, el motivo de nulidad del artículo 478 letra c) del Código del Trabajo, supone que el examen debe centrarse en las razones que el juez vierta en su decisión para estimar si en la especie, conforme a la prueba rendida y valorada conforme a la sana crítica, correspondía enmarcar las labores de los actores en aquellas comprendidas en la hipótesis del numeral séptimo del artículo 38 del Código del Trabajo, o en la hipótesis del numeral segundo del citado precepto legal. Sin embargo, en dicha actividad está vedado “modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior”. Consecuentemente, la revisión tiene que circunscribirse al juzgamiento jurídico realizado respecto de los hechos probados, que son intangibles.

**Cuarto:** Que la sentenciadora da por acreditado los hechos consignados en el apartado quinto de la sentencia, y en lo que interesa:

Que los demandantes prestan servicios de atención telefónica para diversos clientes en régimen de subcontratación para Entel, que presta servicios de otros establecimientos de servicios (Minsal; Fonasa, etc.) como agentes telefónicos; la labor consiste en aclarar dudas o entregar información conforme plataforma al público o cliente o más genéricamente a seres humanos, lo que implica una atención directa (se recibe la llamada y el operador contesta) al público (cliente o ser humano) vía telefónica o en línea, prestando los servicios de manera externalizada y los subsume a la hipótesis del artículo 38 N°7 del Código del Trabajo.

**Quinto:** 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 concurren dos condiciones copulativas: que se trate de un establecimiento de



L1N1X1H1J1Y1G1G1W

comercio y de servicios que atiendan directamente al público y se trate de trabajadores que, dentro de dichos establecimientos, así lo hagan, y para ello se debe tener en consideración la alta frecuencia y masividad a que están sometidos dichos trabajadores, propósito que fue considerado por la Ley N° 20.823.

Por otra parte, dependientes de comercio, de acuerdo a la Ley N° 20.215, son aquellos trabajadores cuyas labores se relacionan con el expendio o venta directa al público de mercadería, provisiones o suministros en dominio, en uso o goce, independientemente de la modalidad de atención directa, no quedando afectos a dicha normativa aquellos que laboran en clubes, restaurantes y establecimientos de entretenimiento.

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 del Código de Comercio, por cuanto aquellos no atendían directamente a público como exige la norma, si bien sus labores requerían de continuidad operacional de los servicios prestados, ni tampoco pueden, conforme a la norma, considerarse dependientes de comercio.

Correspondía entonces, que las funciones desarrolladas por aquellos quedaran subsumidas en la hipótesis del numeral 2° del señalado artículo, yerro que comete la juez y que se refiere a una errada calificación, por lo que la causal invocada debe ser acogida.

**Sexto:** Que, en subsidio de la anterior, invoca la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, infracción de Ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello, en relación al artículo 1545 del Código Civil (dice Trabajo); 38 N°2 y7 y 38 bis todos del Código del Trabajo.

**Séptimo:** Que, habiéndose acogido la causal anterior, no resulta procedente emitir un pronunciamiento de la que se ha invocado como subsidiaria de aquella.

Y visto, además, lo que dispone los artículos 474 y 482 del Código del Trabajo, **se ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia de primero de agosto de dos mil dieciocho, pronunciada en estos autos caratulados “Sindicato de Empresa Xinergia Laboral Servicios Generales Ltda. con Xinergia Laboral Servicios



Generales Ltda.”, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Consecuentemente, se invalida esa sentencia y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista.

**Regístrese y comuníquese.**

**Redactó el Fiscal Judicial sr. Trincado, quien no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.**

**Rol N° 2191-2018.-**

Pronunciada por la **Duodécima Sala** de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames e integrada por el Ministro señor Guillermo de la Barra Dünner y el Fiscal Judicial señor Raúl Trincado Dreyse.

CARLOS FERNANDO GAJARDO  
GALDAMES  
MINISTRO  
Fecha: 08/01/2019 13:52:13

GUILLERMO EDUARDO DE LA BARRA  
DUNNER  
Ministro  
Fecha: 08/01/2019 13:19:15



Pronunciado por la Duodécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Carlos Gajardo G., Guillermo E. De La Barra D. Santiago, ocho de enero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a ocho de enero de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.



**Santiago, ocho de enero de dos mil diecinueve.**

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 482 del Código del Trabajo, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

**Vistos:**

Del fallo invalidado, de primero de agosto de dos mil dieciocho, se reproducen su parte expositiva, y citas legales, con exclusión de su considerando quinto, a partir del párrafo sexto, considerando sexto y séptimo, los que son eliminados.

Teniendo presente lo expresado en los motivos cuarto y quinto de la sentencia de invalidación que precede, que se da por íntegramente reproducido, y considerando además que:

**Primero:** Que, tal como se razonó en la sentencia de nulidad, el artículo 38 inciso 1° 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, ello significa que al establecer el legislador la conjunción “Y”, se requiere que concurren dos condiciones copulativas: que se trate de un establecimiento de comercio y de servicio y se trate de trabajadores que, dentro de dichos establecimientos, atiendan directamente al público., beneficio que pretende compensar la alta frecuencia y masividad a que están sometidos dichos trabajadores.

**Segundo:** Que, el término “dependiente de comercio”, de acuerdo a la Ley N° 20.215, se denomina a aquellos trabajadores cuyas labores se relacionan con el expendio o venta directa al público de mercadería, provisiones o suministros en dominio, en uso o goce, independientemente de la modalidad de atención directa al público.

**Tercero:** Conforme a lo que se viene razonando, los demandantes, en concepto de esta Corte no deben quedar subsumidos en la norma del N° 7 del artículo 38, sino en el N° 2 de esta norma, por cuanto se trata de trabajadores cuyas labores las realizan, por las consultas a través de los contactos telefónicos sin poder considerar que aquellos contactos se puedan asimilar a lo que exige la norma, esto es, no calzan dentro del concepto de venta o expendio de acuerdo a la normas, y tampoco, puede asimilarse su labor a un contacto inmediato con el público. La utilización del concepto de inmediato en referencia a la cercanía física suele ser más exacto, ya que permite indicar contigüidad.



Que lo concluido en forma precedente, concuerda con lo dictaminado administrativamente por la Dirección del Trabajo, la que mediante dictamen 2091/049, de 17 de mayo de 2017, donde se informa respecto qué se debe entender por dependientes de comercio para los efectos de la ley N° 20.215 y en específico los trabajadores que prestan servicios en call Center, como es el caso que nos convoca y donde se hace hincapié en la circunstancia que dice relación con el expendio o venta directa al público de mercadería, provisiones o suministros en dominio en uso o goce. Asimismo, se debe tener presente lo informado por dictamen N° 1921/033 de 20 de abril de 2015, concluye que la prestación de servicios de los trabajadores comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo comprende y favorece a aquellos que se desempeñan en actividades de comercio o de servicios, en que se atiende directamente al público y que sobre la base del régimen de jornada pactado se encuentran obligados a ejecutar sus tareas en día domingo, ello aparece confirmado por el dictamen N°2205/037, que en lo pertinente y en específico a empleados de call center, para quedar comprendidos en la norma del N°7 del artículo 38, precisa que se otorgue una atención directa al público y ello dependerá será en la medida que su labor signifique un contacto inmediato con el público.

**Cuarto:** Conforme a lo razonado en forma precedente y, de acuerdo a la naturaleza de las funciones que cumplían los trabajadores del call Center dependiente de la demandada, no pueden quedar subsumido 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, y al no quedar dentro de la norma en virtud de la cual demandan sus pretensiones, corresponde rechazar la demanda a su respecto.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 38, 456,459 y 474 a 483 del Código del Trabajo, se declara:

a) Se rechaza la demanda deducida por el Sindicato Empresa Sinergia Laboral Servicios Generales Ltda., en contra de Xinergia Laboral Servicios Generales Ltda. y,

b) No se condena en costas a los actores, por estimar que tuvieron motivo plausible para litigar.



**Regístrese y notifíquese.**

**Redactó el Fiscal Judicial sr. Trincado, quien no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.**

**Rol N° 2191-2018.-**

Pronunciada por la **Duodécima Sala** de esta Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames e integrada por el Ministro señor Guillermo de la Barra Dünner y el Fiscal Judicial señor Raúl Trincado Dreyse.

CARLOS FERNANDO GAJARDO  
GALDAMES  
MINISTRO  
Fecha: 08/01/2019 13:52:17

GUILLERMO EDUARDO DE LA BARRA  
DUNNER  
Ministro  
Fecha: 08/01/2019 13:19:16



Pronunciado por la Duodécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Carlos Gajardo G., Guillermo E. De La Barra D. Santiago, ocho de enero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a ocho de enero de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.