

O-4468-2017

Remuneración/ /Mercaderistas /Recargo de 30% días domingo/38, N°7 /Exigencia de atención directa a público no comparece/22 inciso segundo improcedente.

Santiago, cuatro de enero de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES

Comparecieron Daniel Hidalgo Quiero y otros trabajadores 115 trabajadores y trabajadoras, domiciliados en Santiago, deduciendo acción en procedimiento de aplicación general del trabajo en contra de Marketing y Promociones S.A, representada por Juan Pablo Doñonbeitía, en calidad de empleadora directa, con domicilio en Ñuñoa y contra Transportes CCU, representado por Alberto Moreno Figueroa, domiciliada en Quilicura como empresa mandante, para que se las condene solidariamente al pago de remuneración por días domingo trabajados por tratarse de trabajadores comprendidos en el número 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Fundados en su calidad de “mercaderistas” en artículo único de la ley 20.823 que establece en 38 bis del Código del Trabajo, la remuneración especial (30% de recargo sobre sueldo convenido para jornada ordinaria) y Dictámenes de Dirección del Trabajo que indica, a base de fiscalización originada en denuncia, solicita la remuneración del recargo de 30% por 48 días domingo en cada caso (correspondientes a los últimos 24 meses), por las cantidades pormenorizadas que indica, de acuerdo a las remuneraciones determinadas por los instrumentos colectivos y en los casos que indica (base de cálculo), diferenciándola de aquellos trabajadores (11) sin respecto de instrumento colectivo.



Invoca responsabilidad solidaria de empresa principal de acuerdo a 183B del Código del Trabajo y pide la condena con actualizaciones.

La demandada Marketing y Promociones S.A ejerce primeramente una defensa negativa de las afirmaciones de la demanda, negando la aplicación del presupuesto de la norma (trabajadores que “atiendan directamente al público”), instada por organizaciones sindicales de mercaderistas y resaltando la contradicción en la doctrina del propio órgano fiscalizador, objetando el alcance interpretativo dado por la Dirección del Trabajo (ORD.4755/58), que desatiende lo legislado: exigencia que el trabajador atienda directamente al público. Se trata de una interpretación *contra legem* y que contraría una interpretación anterior (ORD. 2881). Analiza las exigencias de la hipótesis legal, invoca que no hay obscuridad en la ley e invoca jurisprudencia sobre el mismo asunto.

Reconoce que los demandantes trabajan o trabajaron como mercaderistas.

Invoca falta de legitimación activa y finiquito respecto de los demandantes Alarcón Cartes, Castro Parra y Donoso Contreras, que ya no laboran para la demandada (separación previa a la interposición de la demanda), suscribiéndose finiquitos, con renuncia de derechos y acciones, incluida la intentada en la presente causa.

Interpone además falta de legitimación activa respecto de trabajadores que laboran sin limitación de jornada o cuya labor dominical no excede de la jornada ordinaria semanal y que por ello falta un presupuesto de la norma –que se trate de trabajadores



afectos a régimen de jornada ordinaria-. Invoca la excepción para la mayoría de los trabajadores demandantes, con excepción de los que menciona (Montoya, Olmos, Raillanca, Aguirre, Humeres, Tapia Lucero, Pereira, Aravena, Solís Alegría, Amaya, Maldonado Arancibia, Moreno, Sánchez, Maldonado Zúñiga, Toledo, Durán castuiñillo, Harris, San Martín, Prado, Molina, Hernández, Naculef, Gaona, Ruíz Spánchez, Armijo, quienes no laboraron en días domingo en exceso de sus 45 horas semanales.

Alega en otro extremo, que los mercaderistas no atienden directamente al público, quedando excluidas las labores auxiliares o previas. Enfatiza en que el texto de la norma es irrefutable, efectuando consideraciones jurídicas en contra de la interpretación de la Dirección del Trabajo.

En subsidio, alega la reducción de lo pretendido porque los montos pretendidos no se corresponden con la realidad, no están explicados, no se ha dado cuenta de la remuneración efectiva de cada uno de ellos, ni se precisa el valor de la hora extraordinaria, pidiendo que se reduzcan los montos en razón de haberse laborado precisamente los domingo indicados por los actores (dos por mes) y en relación a la remuneración efectiva que cada actor detentaba.

Transportes CCU Limitada pide el rechazo de la demanda por falta de antecedentes indispensables para particularizar lo demandado, presuponiendo lo pedido la ausencia de feriados legales, licencias médicas, ni ausencias durante dos años. Señala igualmente la ineptitud y falta de fundamento para fundar régimen de subcontrato (cita sentencia en apoyo de su alegación). Niega que comparezcan los elementos para configurar régimen de subcontratación.



Se llevaron a efecto las audiencias de los artículos 453 y 454 del Código del Trabajo.

CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO:

I. SOBRE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA BASADA EN SUSCRIPCIÓN PREVIA DE FINIQUITO.

1. La excepción se alega respecto de tres demandantes () por haber suscrito previamente finiquito sin reserva, renunciando a la acción ejercida en este proceso

2. La demandada demuestra documentalmente la suscripción de finiquitos con los demandantes Alarcón Cartes, Castro Parra y Donoso Contreras (documental demandada en formato pdf), a la que se suma la prueba nueva aceptada en la audiencia de juicio, correspondiente a finiquitos, sin reserva de derechos, suscritos con posterioridad a la audiencia preparatoria de los actores Raillanca Barrientos, Quechuvil Sepúlveda, García Choque, Olmos Carimán, Nahuelcura González, Barrios Huaracán, Ruíz Sánchez, Sánchez González, Batancur González, Gaona Henríquez y Cadena Pérez.

3. La excepción de finiquito, aviene jurídicamente con la transacción del artículo 2446 del Código Civil y respecto de los tres trabajadores que se interpone, involucrando una renuncia de acciones, hace procedente estimar la defensa de falta de legitimidad activa para demandar. Respecto de los restantes –que suscriben el instrumento liberatorio con posterioridad a la interposición y notificación de la demanda, tiene el efecto de transacción extrajudicial hecha valer en el proceso.

II. SOBRE FONDO DEL ASUNTO.



4. La principal defensa común a la condición reconocida de “mercaderistas” (“promomercaderistas” en cláusula primera de contratos de trabajo) de todos los demandantes es la inaplicación de la norma del artículo 38, número 7 del Código del Trabajo y, consecuentemente conforme a ello, la inaplicabilidad de la regla que impone el pago de la remuneración recargada por días domingo trabajados, por no cumplirse dos extremos indispensables de la hipótesis de hecho de la norma; a saber que se trate de trabajadores que atiendan público y que lo hagan directamente.

La demandada Marketing y promociones S.A que la acción – valiéndose de una interpretación *contra legem* de la propia Dirección del Trabajo- ha pretendido extender a una categoría de trabajadores no cubiertos por la norma (mercaderistas) la consecuencia jurídica de la misma (pago de remuneración con recargo por trabajos en días domingo), en circunstancias que se trata de trabajadores que no realizan atención a público y menos directamente.

4. Como cuestión previa indispensable es necesario señalar que el precepto legal, desde el punto de vista de la realidad que pretende describir no evidencia obscuridad. No se está en presencia de términos oscuros desde el punto de vista del alcance semántico, ni de conceptos indeterminados, no poco frecuentes en el lenguaje legislativo, ni de antinomias que impongan al intérprete identificar el sentido de la regulación legal en presencia de preceptos que presentan términos contradictorios o dejan espacios a la interpretación.

5. La formulación lingüística “*servicios que atiendan directamente al público, respecto de trabajadores que realicen esa atención*” no admite entonces dificultades en el plano de la



significación y permite su reformulación simple en orden a que la obligación específica de remunerar con recargo deberá aplicarse a trabajadores de esos servicios “que atienden directamente al público”.

La descripción fáctica no alude a la a la totalidad de los trabajadores de “servicios que atiendan directamente a público”, sino que limita el alcance de la retribución económica del inciso segundo a los trabajadores de esos establecimientos “*que realicen esa atención*”, generando una exclusión implícita con efectos jurídicos específicos en el orden retributivo de la labor, respecto de aquellos que no la realizan.

6. El problema se reconduce entonces a una cuestión clásica de subsunción de los hechos (que impone en este caso, determinar la función principal de los mercaderistas) a la hipótesis de hecho contenida en la norma (atención directa de público).

7. Se dispone del hecho inconcuso –nacido de la convergencia de posiciones de la fase de debate demandante-empleadora- que los demandantes son o fueron mercaderistas de empresa Marketing y Promociones. Es pertinente entonces identificar el contenido que define y determina la prestación de servicios personales como parte del núcleo obligacional patrimonial del contrato. Y con ellos la característica de la prestación.

Para ello es relevante la definición contractual y las obligaciones pactadas (aquellas que al margen de las de carácter genéricas, definen las características esenciales de la prestación).

El contrato, cuyos términos son comunes a esta categoría de trabajadores, define la labor como “promomercaderista” (cláusula



primera) al tiempo que describe “las siguientes labores [que] son propias del cargo”:

a) Revisión Sala de Venta porque los productos se encuentren en óptimas condiciones para ser exhibidos en el lugar y tiempo indicado para ello, controlando stock de los distintos productos de la sala.

b) Limpieza góndolas, *cooler* y exhibidores.

c) Medición de metraje de los espacios destinados para la exhibición de productos

d) Revisión de precios y cartelera

e) Rotación de productos y revisión de fechas de expiración de éstos

f) Revisión de Bodega, velar porque ésta se encuentre en óptimas condiciones de limpieza y orden para el almacenamiento de productos, controlar el stock de éstos.

g) Retirar de bodega los productos de devolución cuando éstos se encuentren vencidos.

h) Preparar informes sobre el status de precios, informes de cobertura.

i) Realizar pedidos y sugeridos.

j) Retiro de productos de Recepción.

Dentro de la misma cláusula, más adelante, se vinculan las obligaciones de preservar, mantener, reponer, al despliegue de las acciones necesarias para “*el buen desarrollo y gestión de la reposición y promoción de los productos disponibles del Cliente del*



Empleador; sean productos que elabore, venda distribuya, exporte, importe el cliente (...) y sus empresas filiales...”

La fiscalización efectuada por la Inspección Comunal de Santiago Sur Oriente (4248 de 15 de diciembre de 2015) aplica la tesis del servicio contenido en Dictamen 4755/058 que sostiene *“respecto de los dependientes comprendidos en el artículo 38 Número 7 del Código del Trabajo resulta aplicable a todos los trabajadores que se desempeñen en los establecimientos de comercio y de servicios, sea que la labor se relacione o no con la atención a público”*, sustentando la acción contralora a la constatación de la cuestión de tratarse de un establecimiento de comercio o servicio que labora el día domingo, sin miramiento al otro extremo exigido por la norma, cual es que se trate de trabajadores que atiendan directamente a público.

La prueba testifical (testigo común Franco Pelayo, supervisor zonal de Telemarketing) y Cristian Vera Quiroz (sub gerente de operaciones de demandada Telemarketing) allega información sobre las labores ejecutadas por los mercaderistas en línea similar a la indicada en la descripción de los contratos individuales.

8. La prueba precedentemente pormenorizada es concordante, múltiple y precisa sobre la ausencia en el caso de uno de los presupuestos de la hipótesis fáctica establecida en la norma del 38/7, cual es que los demandantes realicen atención directa a público en los establecimientos La es parte de un listado excepcional de trabajadores excepcionados del régimen ordinario de distribución de jornada ordinaria y descanso semanal de domingos y festivos, en que opera una ponderación y discriminación legislativa atendiendo restrictivamente a la naturaleza de la actividad o establecimiento, la finalidad social a la que sirven y, en otras, a características



específicas de la función ejecutada por una categoría de trabajadores (4,7 y 8).

9. Por lo razonado, en orden a que no procede subordinar a los demandantes en la categoría prevista por el artículo 38, número 7, se impone desestimar la acción. La prueba confesional de la parte demandante no aporta información diversa a la relacionada precedentemente y la restante instrumental -planillas de remuneraciones, comprobantes de remuneraciones, esquema resumen de la demandante, certificado de cumplimiento de obligaciones laborales- es sobreabundante a cuestiones ya asentadas y/o dice relación con la cuestión de la determinación de una prestación desestimada por las razones ya anunciadas o de la vinculación comercial entre las demandadas sobre la cual ha declinado la necesidad de un pronunciamiento .

10. *Obiter dicta*. Sin perjuicio de tratarse de una cuestión accesoria y vinculada al extremo del régimen de prestación efectiva de los servicios, no puede soslayarse la impropiedad jurídica de subordinar el régimen de prestación de servicios de los actores a la norma del artículo 22 inciso segundo como aparece establecido en la cláusula segunda de los contratos. Por la naturaleza de las funciones, labores pactadas, inserción a una organización de servicios (supermercados) que desarrollan atención al público en horarios determinados y regulares; que requiere provisión constante de productos y reposición de los mismos en procesos de venta al detalle en grandes volúmenes, conforme a estándares de celeridad y eficacia que se califican como obligaciones en la propia descripción contenida en los contratos de los trabajadores, resulta inverosímil y desajustado a la más mínima lógica organizacional que la labor de los mercaderistas se ejecute sin supervisión inmediata (que “llegan



a la hora que quieren” -sub gerente Vera-; que por ello “es muy difícil organizar la empresa” –gerente Ojeda-), desde que se trata de una labor prototípicamente subordinada a un control superior necesario y directo. La norma convencional impresiona entonces como una regulación propia de un contrato por adhesión, impuesto por el empleador, que encubre formalmente una realidad lesiva para otros derechos patrimoniales de la totalidad de los mercaderistas.

Y de acuerdo además con lo que disponen los artículos 1, 3, 5, 7, 9, 22, inciso segundo, 38, número 7, 420, 445, 453, 454, del Código del Trabajo, se resuelve:

I. Hacer lugar sin costas, a la excepción de falta de legitimación activa opuesta respecto de los demandantes Alarcón Cartes, Castro Parra y Donoso Contreras.

II. Negar lugar a la demanda.

III. No imponer condena en costas a la parte demandante por haber litigado con motivo plausible.

RIT O-4468-2017

Pronunciada por Álvaro Flores Monardes, juez titular.

