

Valdivia, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos,

Que don Jorge Becar Jara, abogado, en representación de Latin Gaming Osorno S.A. en juicio del trabajo caratulado “Sindicato de Empresa Casino Sol con Latin Gaming Osorno S.A.” RIT O-188-2017, recurre de nulidad en contra de sentencia de 20 de octubre de 2017, que acogió parcialmente la demanda del Sindicato de Empresa Casino Sol condenando a la demandada al pago de las prestaciones que detalla y al pago de las prestaciones reclamadas, en lo sucesivo, a los trabajadores que se encuadren en la hipótesis indicada en lo resolutivo del fallo recurrido.

Explica que en demandó don José Alcides Candia Henríquez, en representación del Sindicato y de 116 afiliados, reclamando el cobro de prestaciones laborales y mera certeza por los fundamentos de hecho y de derecho que expone.

Indica que en agosto de 2016 el directorio del Sindicato inició gestiones con la gerencia de la demandada, para obtener el pago con efecto retroactivo, del recargo del 30% sobre las horas trabajadas en días domingos, establecido por la Ley N° 20.823. La empresa reconoció su legalidad y efectuó el pago con efecto retroactivo, en septiembre de 2016, comprendiendo el periodo de los meses de mayo de 2015 y siguientes.

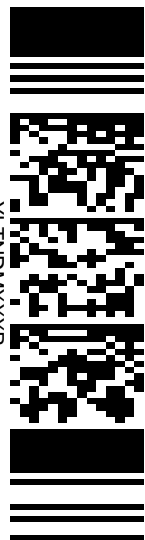
El 12 de diciembre de 2016, se informó a los trabajadores que la empresa cesaría en el pago del recargo, adeudándose a la fecha parte de noviembre y diciembre de 2016, y enero, febrero, marzo, abril, junio y julio de 2017.

Los trabajadores solicitaron se acogiera la demanda declarando el pago de lo adeudado por concepto de recargo legal del 30% según domingos trabajados entre noviembre de 2016 y julio de 2017, por un total de \$10.847.376; el pago de las sumas adeudas a cada uno de ellos por concepto de recargo legal según domingos trabajados entre la fecha de la demanda y el término del juicio; y la declaración de mera certeza de que la empleadora deberá seguir pagando el recargo legal del 30% por cada domingo trabajado a cada uno de los trabajadores del sindicato desde la fecha de la sentencia.

Contestando la demanda solicitó su rechazo fundado en que las actividades de los casinos de juego están comprendidas en el artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo.

Según el artículo 35 del Código del Trabajo, la regla general consiste en que los domingos y los que la ley declare festivos sean de descanso; se exceptúan de esta obligación los trabajadores de las actividades que enumera el artículo 38 de dicho Código, las que por su naturaleza se desarrollan en domingos y festivos y no pueden detenerse.

La Ley N°20.823, modificó el inciso segundo de ese artículo; en su vigencia la administración de la empresa, efectuó una presentación a la Dirección del Trabajo el



22 de mayo de 2015, solicitando un pronunciamiento respecto del ámbito de su aplicación, en particular, si sus disposiciones aplican o no a los trabajadores de casinos; el Servicio respondió en mayo de 2016, en cuya virtud se resuelve que efectivamente la Ley N° 20.823 alcanza a estos trabajadores. Esta posición de la Dirección del Trabajo, es coherente con lo indicado en Dictamen de abril de 2016, cambiando su criterio (contenido en dictamen de 2010), y señalando que las actividades desarrolladas por los casinos se encuentran comprendidas en el N° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Por lo anterior, la demandada fue requerida de pago por el directorio del Sindicato y pagó por los meses de abril de 2015 a noviembre de 2016, el recargo del 30% a los trabajadores que prestaban servicios los domingo, ya que constituía una obligación legal, por lo que se pagó en septiembre de 2016.

El 30 de mayo de 2016 entró en vigencia la Ley N° 20.918, que adaptó normas laborales al rubro del turismo, agregando el inciso quinto al artículo 38 del Código del Trabajo. De acuerdo a ello la ley señala estas dos formas de distribuir el descanso dominical y no una tercera o cuarta forma, excluyendo la aplicación de la ley N° 20.823 en sus numerales 1 y 2 que se refieren a los trabajadores que prestan servicios conforme lo dispuesto en el N° 7 del artículo 38.

Sostiene que para el legislador los trabajadores del N° 7 del artículo 38 son los que prestan servicios en locales de compra y venta de productos al público; muestra de ello es que al regular, en la Ley N° 20.918 la distribución de los descansos dominicales para el personal de casinos, lo hace de modo diferente y con mención a esa calidad, entendiendo, por lo demás, que se trata de una actividad que escapa a la clasificación de comercial, y se enmarca en una lógica de promoción del turismo.

Esta norma, especialísima respecto de la anterior, cambió la interpretación de la industria de casinos, en tanto debía concluirse que estas empresas, por el carácter especial de la ley, se comprendían en el artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo. Coherente con ello, la Asociación Chilena de Casinos de Juegos, presentó el 30 de Agosto de 2016, un requerimiento a la Dirección del Trabajo, solicitando que por esas razones se reconsiderara el criterio del Ordinario N° 1889/34.

Esperando el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, la empresa continuó pagando el recargo, cumpliendo los requerimientos de la autoridad. En noviembre de 2016, por lo oneroso del 30% y ante la ausencia de respuesta de la autoridad a la reconsideración, suspendió su pago, para evitar despidos. Aún a esta fecha no tienen respuesta de la autoridad administrativa.

Enseguida, señala argumentos de texto legal e historia de la ley. Señala que si el legislador hubiese entendido que los casinos se encuentran situados en el artículo 38 N° 7, no habría sido necesario incorporarlos expresamente en el inciso quinto de ese artículo, ya que de entenderse comprendidos en N° 7, los trabajadores gozarían del



30% de recargo, de los dos domingos al mes a que refiere el inciso cuarto y además de 7 domingos adicionales de descanso, de acuerdo al artículo 38 bis. Sin embargo, les da un tratamiento especial en un inciso particular, cual es el quinto del artículo 38.

La única explicación plausible es que los trabajadores de casinos de juego no están comprendidos en el art. 38 N° 7, sino que en el N° 2. Refuerza lo anterior lo sostenido por la Dirección del Trabajo, con fecha 12 de agosto de 2016 que fija el sentido y alcance de la Ley N° 20.918 sobre los sistemas de jornada y descanso de trabajadores del sector turismo y entretenimiento, dictaminando que la reforma de esa ley establece un sistema especial de descanso en domingo, aplicable a los trabajadores de casinos de juego, entre otros. Con todo, si bien tratándose de estos trabajadores su régimen de descanso semanal se encuentra regulado en los incisos 3° y 4° del artículo 38 del Código del Trabajo, la reforma faculta a las partes para acordar una especial forma de distribución del descanso en día domingo, que sustituye la obligación de que el descanso recaiga en al menos dos días domingo en el mes.

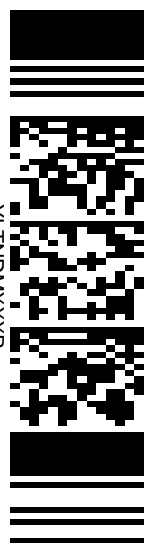
Así entonces, tales trabajadores, por una parte, mantienen su derecho a un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en domingo, y otro por cada festivo en que debieron prestar servicios, pero en lo referido al descanso en domingo, las partes podrían pactar: 1. Que el descanso se verifique en a lo menos 29 domingos en el lapso de un año, o bien; 2. 15 días domingo de descanso en seis meses. Sin embargo, cualquiera que sea la opción, no puede considerar la prestación de servicios por más de tres días domingo en forma consecutiva.

Nada dice la Dirección del Trabajo de los 7 domingos adicionales a que se refiere el artículo 38 bis del Código del ramo, pues tales días son aplicables a los trabajadores comprendidos en el artículo 38 N° 7. De aplicarse esta norma a los trabajadores del rubro casinos, no sería posible compatibilizar el régimen de descanso descrito por el servicio con aquel contemplado en el referido artículo 38 bis.

A mayor abundamiento, el propio servicio ha tenido ordinarios contradictorios; en Ordinario de Octubre de 2016, a requerimiento del rubro hotelero, la Dirección del trabajo modificó su criterio, entendiendo ahora que los hoteles se encuentran situados en el artículo 38 N° 2.

Por último, por las dificultades interpretativas, recurre a las normas legales sobre interpretación de la ley y que se contienen en los artículos 19 al 24 del Código Civil.

Por las razones que señala, concluye que los trabajadores de casinos de juegos, se encuentran comprendidos en un grupo distinto, lo que condujo al legislador a dar un tratamiento diverso a su descanso dominical en el inciso quinto del artículo 38, quedando en consecuencia fuera del 38 N° 7 y de los regímenes que les son aplicables.



Explica enseguida las razones por las cuales en este caso no se está en presencia de una cláusula tácita.

La obligación de pago del 30% de recargo por lo trabajado en día domingo, encuentra su fuente en la ley, según el inciso segundo del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, norma de orden público y será aplicable en la medida que se concluya que las actividades desarrolladas por los casinos de juego quedan comprendidas en el N° 7. A contrario *sensu*, no tendrá aplicación si las actividades desarrolladas por los casinos de juego se encuentran incluidas en el N° 2 del referido artículo. De concluir que existe la obligación de pagar el recargo del 30%, esa obligación tendría su fuente en una norma de orden público y en esa hipótesis no cabe la aplicación de la institución de cláusula tácita.

El recurrente niega todos los hechos afirmados en la demanda, salvo los que reconoce en su presentación. En particular niega que el pago del 30% de recargo, respecto a las horas trabajadas en día domingo, percibido por los trabajadores afiliados al Sindicato constituya una cláusula tácita; que exista una cláusula tácita respecto a los trabajadores del sindicato; que exista obligación legal de pago del 30% de recargo, para la jornada ordinaria de día domingo, respecto de los trabajadores de casinos de juego; que estos trabajadores se encuentren en el supuesto establecido en el N° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo; que se adeude a los trabajadores afiliados las sumas reclamadas.

Señala los hechos que se fijaron en la resolución que recibió la causa a prueba y los hechos no controvertidos.

En la sentencia el Tribunal acogió la demanda, condenando a la demandada al pago de las sumas que indica a título de recargo del 30% sobre las horas ordinarias trabajadas en día domingo correspondientes al periodo desde el 20 de noviembre de 2016 al 24 de septiembre de 2017, y respecto de los trabajadores que se detallan, asentándose que se rechaza la existencia de una cláusula tácita entre las partes. Asimismo, resolvió que el pago del beneficio deberá continuarse respecto de los demandantes ya que sus actividades corresponden a las del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo.

Expresa que interpone este recurso fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con el artículo 38 del Código del Trabajo.

Funda la causal señalando que según el artículo 35 del Código del Trabajo, en materia de descansos, la regla general consiste en que los días domingos y festivos, sean de descanso. Se exceptúan de esta obligación, los trabajadores que se desempeñen en las actividades que enumera el artículo 38 del Código del Trabajo, las



que, por su naturaleza, se desarrollan en días domingos y festivos y no pueden detenerse.

El objeto de este juicio es determinar en cuál de esas hipótesis de excepción se sitúan los trabajadores demandantes.

El sentenciador resuelve en el considerando décimo cuarto, concluyendo que las actividades de los casinos de juego están comprendidas en el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo.

Enseguida sostiene en el considerando décimo quinto, que el nuevo inciso 5 del artículo 38, incorporado por la Ley N° 20.918 no altera esa conclusión pues adicionalmente de su obligación legal de condicionarse a lo establecido en los incisos tercero y cuarto, otorga la posibilidad de acordar otra distribución alternativa de jornada de trabajo de estos trabajadores.

Estima que la sentencia incurre en una aplicación indebida de la norma decisoria *litis*, al asumir que los hechos probados encuadran en el supuesto legal, lo que se conoce asimismo como “falsa aplicación de la ley”.

La circunstancia de que al interpretar la ley, el juez adscriba a alguno de sus significados no significa que su actividad esté ajena al control del recurso de nulidad.

Señala que el sentenciador no se hace cargo de la circunstancia que el régimen de descanso contemplado en el inciso 5 del citado artículo 38, expresamente para los trabajadores de casinos, es menos beneficioso que el contemplado para los trabajadores del inciso primero N° 7 del mismo artículo; estos tienen un mínimo de 31 domingos de descanso al año, según el artículo 38 inciso 4° en relación con el artículo 38 bis, en contraposición con los trabajadores de casinos, que por regla general, tienen dos domingos en el mes y, eventualmente, un mínimo de 29 domingos en el año. Luego, según el principio pro operario, no es apropiado proponer que el legislador haya regulado la jornada de descanso de los casinos para desmejorar la situación de sus trabajadores. No se satisface esta incongruencia con la afirmación del considerando décimo quinto, que parcialmente transcribe. Lo anterior pugna con una interpretación lógica y sistemática de la ley y obedece a un intento forzoso por subsumir hechos en una norma ajena que no contempla la hipótesis fáctica discutida en autos. Refuerza lo anterior el estudio de la historia de la Ley N° 20.918, pues no menciona, ni en las discusiones en las cámaras, ni en el Mensaje, que los trabajadores del inciso 5° se sitúen en la hipótesis del N° 7. Tampoco existe mención al 30% de recargo legal para las horas ordinarias trabajadas en días domingo, aun cuando la situación salarial fue objeto de debates, que concluyeron, por ejemplo, con una mejora en el pago de las propinas.

Estima que la interpretación del sentenciador pugna con la historia de la Ley N° 20.918.



Aparece de manifiesto que quienes se desempeñan en casinos de juego, no tenían ni tienen los mismos beneficios que los dependientes del comercio, esto es, el 30% de recargo legal, ni con los 31 días domingos de descanso al año, porque nunca han estado en la misma categoría que los dependientes del comercio, esto es, en el N° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo; esto explica que el inciso quinto del artículo 38, niveló la situación de los trabajadores de casinos respecto de los dependientes de comercio, dejando claro que se trata de situaciones diferentes.

Estima un error concluir en aplicar el artículo 38 N° 7 inciso 1° a los trabajadores de casinos de juegos ya que se aplica a un caso para el que no fue prevista.

El sentenciador desatiende los elementos o criterios de interpretación de la ley; cita doctrina. Así, desatendió la historia fidedigna de la ley, que ha pormenorizado; de las actas parlamentarias fluye la distinción entre los trabajadores de las empresas asociadas al rubro turismo, como ocurre con los actores, de los dependientes del comercio, a quienes asocia el juez *a quo*.

De igual manera, el sentenciador debió recurrir al principio de especialidad, de los artículos 4 y 13 del Código Civil, ya que el artículo 38 del Código del Trabajo contempla distintas categorías de actividades económicas, de manera que el inciso quinto del artículo 38 es especial respecto del inciso primero N° 7. Este último se refiere a los establecimientos de comercio en forma genérica; el primero atiende de manera especial a la situación de los casinos de juegos y demás industrias que menciona.

Estima que de las consideraciones señaladas resulta que la sentencia ha sido pronunciada con infracción a las normas legales singularizadas, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo; el artículo 38 corresponde a la norma decisoria de la *litis*, de modo que su adecuada o inadecuada aplicación determina la justa solución; de igual modo, el sentenciador efectuó una falsa aplicación de la ley, al apartarse de los elementos de interpretación y del principio de especialidad.

Esta errada interpretación llevó al sentenciador a situar a los trabajadores de casinos de juego en el N° 7 del inciso 1° del artículo 38 y, de este modo, a acoger la demanda de autos en los términos desarrollados.

Pide se acoja el recurso por la causal invocada del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo 19 del fallo, en relación con el artículo 38 del mismo Código, dictando sentencia de reemplazo, rechazando la demanda interpuesta, con costas.

Se declaró admisible el recurso de nulidad y se fijó día y Sala para el conocimiento del recurso.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la recurrente, interpone el presente recurso de nulidad por la



causal del artículo 477 del Código del Trabajo, esto es, haberse dictado con infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, estimando que los trabajadores que prestan servicios en casinos de juegos estarían comprendidos en el N° 2 de esa disposición y no en el N° 7 como resolvió la sentencia de primera instancia y en cuya contra recurre.

Segundo: Que se hará constar que este Tribunal estima absolutamente pertinente que se recurra por esta vía para resolver sobre diferentes interpretaciones de normas legales que las partes razonablemente invocaren. Decidir lo contrario importaría resignar la función de dirimir los conflictos que se susciten entre las partes, que la Constitución y las leyes encarga a los Tribunales de Justicia.

Tercero: Que de lo dispuesto en los artículos 35 y 38 del Código del Trabajo, se concluye que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla dos sistemas de descanso semanal; uno, que establece como días de descanso obligatorio los domingos y festivos de todo el año, y otro, exceptuado de dicho descanso.

El primero, previsto en el ya citado artículo 35 del Código del Trabajo, no faculta a las partes para distribuir la jornada de trabajo incluyendo los días domingo y festivos, por cuanto éstos constituyen días de descanso obligatorio para los respectivos trabajadores.

El segundo, regulado en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, consagra el régimen exceptuado del descanso en domingo y festivos, en cuya virtud los dependientes que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas expresamente en los diversos numerales que dicho precepto contempla, pueden válidamente pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo que incluya dichos días, debiendo precisarse que en tal caso, las horas laboradas durante éstos solo darán derecho al pago de sobresueldo en tanto con ellas se exceda la jornada ordinaria semanal convenida.

De ello se sigue que en el régimen de excepción que contempla el artículo 38, los días domingo y festivos constituyen días normales de trabajo para los respectivos trabajadores, quienes, por lo tanto, en tales días, están obligados a prestar los servicios convenidos.

Sin perjuicio de lo ya señalado, es necesario precisar que nuestro ordenamiento jurídico laboral se encarga de garantizar a los trabajadores afectos a este último régimen, un sistema de descanso semanal acorde a las condiciones derivadas de la respectiva prestación de servicios, estableciendo que tendrán derecho a gozar de un día de descanso a la semana, en compensación por el trabajo desarrollado en día domingo, y otro, por cada festivo en que hayan debido prestar servicios.



Además, los trabajadores a que se refiere el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, tienen derecho a un incremento en el pago de sus remuneraciones que se estable y calcula en la forma señalada en el inciso segundo de esa disposición.

Cuarto: Que en el caso de estos autos se ha planteado la cuestión concerniente a la calidad en que se encontrarían comprendidos los trabajadores de casinos de juego, sosteniendo el sentenciador *a quo* que se ubicarían en la categoría prevista en el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, de lo que el recurrente disiente, sosteniendo que deben quedar comprendidos entre aquellos cuyos servicios son descritos en el N° 2 de esa disposición por los fundamentos que señala en su recurso.

Quinto: Que el artículo 38 N° 2 del Código del Trabajo, se refiere a los trabajadores que presten servicios *“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;”*.

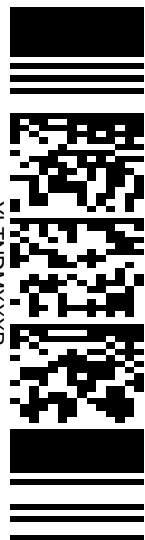
En tanto, el N° 7 de esa norma se refiere a los trabajadores que se desempeñan *“en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo.”*

La controversia que se ha planteado por la vía de este recurso impone dirimir la categoría a la que corresponden los trabajadores que prestan servicios en el casino de juegos de Latin Gaming Osorno S.A., de modo que si corresponde situarlos en el N° 7 las horas ordinarias trabajadas en domingo tienen un recargo, lo que no acontecería si se concluyere que pertenecen a la categoría de trabajadores descritos en el N° 2 de ese artículo.

Sexto: Que el artículo 38 del Código del Trabajo es una disposición de antigua historia en la legislación laboral chilena, ya que figuraban en el Código del Trabajo del año 1931¹, de modo que es difuso recurrir a la historia fidedigna de la ley para establecer los alcances de la distinción de actividades que realizan los numerales 2 y 7 de esa disposición, no sólo por las dificultades de recurrir a textos que den cuenta del establecimiento de la norma, sino porque además, es necesario establecer su alcance a la vista de las realidades contemporáneas que ofrecen un catálogo de actividades radicalmente diferentes a las existentes en aquella época.

No obstante, debiendo convenirse que el legislador, por la sabiduría que le es atribuible, ha regulado situaciones que son diferentes, un reflexivo examen de las disposiciones transcritas permitirá establecer el ámbito de aplicación de cada una de ellas.

¹ H. Humeres M; y H. Humeres N.; *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*; Edit. Jdca. de Chile; 14ª edic. p. 114.



Séptimo: Que una primera cuestión relevante es procurar establecer la naturaleza de las actividades a que se refiere los numerales 2 y 7 de esa disposición.

En una introducción a esa materia, es preciso tener en consideración que la Excma. Corte Suprema ha señalado que los casinos de juego son establecimientos de comercio ya que de “de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, las sociedades pueden ser civiles o comerciales y estas últimas son las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Y, por su parte, el artículo 3° N°8 del Código de Comercio establece que son actos de comercio los de las empresas de espectáculos públicos y conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “espectáculo” significa función o diversión pública y ya se ha concluido que siendo los casinos casas de recreo, su objetivo principal es precisamente ofrecer diversiones al público que los visita;”²

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.

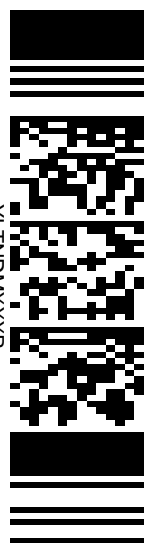
Octavo: Que esta tesis sobre la naturaleza de la actividad que desarrollan los casinos de juegos y que comprendería a sus trabajadores en el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, es corroborada por disposiciones legales expresas que, entre otros, prohíben el funcionamiento de los casinos de juego 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.

Así, el artículo 116 de la Ley N° 18.700, Ley Orgánica Constitucional Sobre Votaciones Populares y Escrutinios, modificada por la Ley N° 20.568 de 31 de enero de 2012, establece que *“el día de una elección o plebiscito, hasta dos horas después del cierre de la votación, no podrán realizarse espectáculos o eventos deportivos, artísticos o culturales de carácter masivo, cuando la fuerza encargada del orden público estime que éstos podrían afectar el normal desarrollo del proceso electoral.*

El día de la elección o plebiscito, entre las cinco horas de la mañana y dos horas después del cierre de la votación, los establecimientos comerciales no podrán expendir bebidas alcohólicas para su consumo en el local o fuera de él, exceptuándose sólo a los hoteles respecto de los pasajeros que pernocten en ellos.”

La Ley N° 19.973 agregó al final del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, que la excepción sobre las reglas de descanso de estos trabajadores no se aplica en

² Excma. Corte Suprema; rol N° 2608-96; 26/05/1999.



los días de elecciones populares, lo que no señaló respecto de los demás trabajadores del artículo 38, exceptuados de las reglas generales en esta materia.

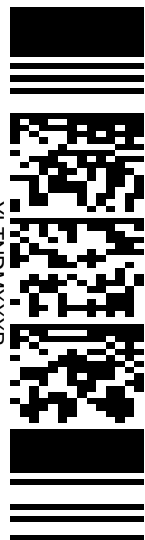
Adicionalmente, la Ley N° 20.992 que modificó la Ley N° 17.374 que fijó el texto refundido, coordinado y actualizado del DFL N° 313 de 1960, sobre Ley Orgánica de la Dirección Estadística y Censos y creó el Instituto Nacional de Estadísticas, para asegurar que los censos pudieran realizarse regularmente y de modo eficaz, en su artículo 44 inciso segundo, estableció de modo categórico que *“para efectos laborales, el día en que se realice el censo se tendrá como feriado obligatorio e irrenunciable para los dependientes de los malls, centros comerciales, grandes tiendas, discotecas, pubs, cabarets, casinos de juego u otros lugares de juego autorizado, bares, clubes, restaurantes, supermercados, rotiserías, panaderías y, en general, para todo dependiente que preste servicios en el comercio de bienes y productos alimenticios, cualquiera sea el tamaño de la empresa donde desempeñen sus funciones.*

A los dependientes del comercio señalados en el inciso anterior les será aplicable lo dispuesto en la ley N° 20.828.”, esto es, dispuso en forma explícita que *“en el caso de los trabajadores señalados en el número 7 del artículo 38, los días de descanso semanal no podrán coincidir con los días feriados establecidos en la ley N°19.973.”*, esto es, con aquellos días de feriado obligatorio en razón de realizarse votaciones populares.

Corroborando lo que se viene señalando, el inciso final del artículo 44 de la Ley N° 17.374, proporciona claridad sobre la naturaleza de las actividades señaladas en el artículo 38 del Código del Trabajo, al señalar que los días de censo solamente se exceptúan del feriado obligatorio e irrenunciable los trabajadores de *“... los establecimientos que expendan combustibles, locales comerciales en los aeródromos civiles públicos y aeropuertos, farmacias de urgencia y farmacias que deban cumplir con turnos fijados por la autoridad sanitaria, así como cualquier servicio que el Instituto Nacional de Estadísticas haya contratado con ocasión del censo o que sea necesario para su realización.”*,

De esta forma se concluye en forma decisiva, a partir del alcance de las disposiciones legales citadas, que los trabajadores de casinos de juego están comprendidos entre aquellos a que se refiere el artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo; y la categoría del N° 2 se refiere a quienes prestan servicios en explotaciones o labores cuya paralización implica un perjuicio que excede al puramente económico, susceptible de provocar una alteración de naturaleza mayor en las respectivas faenas, explotaciones o servicios.

Noveno: Que las argumentaciones del recurrente se orientan, con diversos argumentos, a incorporar forzosamente a los trabajadores de los casinos de juegos a la regla del N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, fundado exclusivamente en el



inciso 5° agregado por la Ley N° 20.918 que, según explica, habría sustraído a dichos trabajadores del régimen del N° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Sin embargo, del Mensaje del Proyecto de la Ley N° 20.918, resulta que el propósito de esta disposición fue únicamente incorporar una especial regulación respecto de los trabajadores de diversas entidades, permitiendo que los trabajadores del sector “pacten dos nuevas modalidades de distribución de su jornada semanal”, y contribuir a generar mayores ingresos para ellos.

Desde el punto de vista económico, en el Mensaje únicamente hubo preocupación, lo que fue recogido por los legisladores, respecto de las propinas, señalando que *“...la presente iniciativa propone incorporar una disposición que, reconociendo que su pago puede verificarse a través de diversos medios, tales como tarjetas de débito y crédito, establece que el empleador debe liquidar y enterar dichas sumas en la fecha que acuerde con sus trabajadores. No obstante, dicho plazo no podrá exceder del mes siguiente a aquél en que fueron enteradas por el cliente.”*

De tales antecedentes resulta que en ningún caso la Ley N° 20.918 tuvo por objeto crear una nueva categoría de trabajadores conformada por quienes se desempeñan en casinos de juegos, sino únicamente ofrecer una nueva modalidad de regulación de su jornada y proteger sus ingresos adicionales por la vía de asegurar que el empleador les reembolsare el total de las propinas de sus clientes.

La circunstancia que el recurrente reprocha en cuanto el sentenciador no se hace cargo que el régimen de descanso de los trabajadores de casinos es menos beneficioso para los trabajadores, no es un fundamento para acoger el desplazamiento de estos trabajadores al N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo y de esa forma privarlos del recargo de la remuneración que contempla el N° 7.

En mérito a estas consideraciones deberá decidirse que esta causal de invalidación por infracción de ley carece de fundamentación suficiente para provocar la nulidad de la sentencia que se impugna.

Por estas consideraciones y visto, además, lo establecido en los artículos 38, 474, 477, 481 y 482, todos del Código del Trabajo, se resuelve que se **rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el Abogado Sr. Jorge Becar Jara, en representación de Latin Gaming Osorno S.A., en contra de la sentencia de 20 de octubre de dos mil diecisiete, dictada por don Hernán Eduardo Valdebenito Carrasco, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redactada por el Abogado Integrante Sr. Ricardo Hernández Medina.

Rol 201 – 2017 TRA.



Se deja constancia que no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, no firma la Ministra Interina Sra. Cecilia Samur Cornejo, por encontrarse con licencia médica.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministro Presidente Juan Ignacio Correa R., Ministro Juan Ignacio Correa R. y Abogado Integrante Ricardo Hernandez M. Valdivia, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

En Valdivia, a diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete, 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 13 de agosto de 2017, 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>.