



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del trabajo y la
Seguridad social

EFFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.823 EN LOS TRABAJADORES Y EMPRESAS DEL SECTOR COMERCIO

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales

FELIPE ANDRÉS CORREA BRAVO

Profesor Guía: Jorge Drago Morales

Santiago, 2018

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN CHILE	14
1.1 Caracterización e importancia del sector.....	14
1.2. Regulación histórica de los trabajadores del sector comercio	15
1.2.1 Las primeras leyes laborales del siglo XX	15
1.2.2 Código del Trabajo de 1931	18
1.2.3 Plan Laboral de 1978	21
1.2.4 Regulación actual.....	22
1.3 Razones para la inclusión de los trabajadores del sector comercio en el artículo 38 del Código del Trabajo .	25
CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.823	30
2.1 Ámbito personal de aplicación de la Ley N°20.823.....	30
2.1.1 Análisis del Dictamen Ordinario N° 4755/58, de 14 de septiembre de 2015.....	30
2.1.1.1 Imprudencia de acudir al elemento histórico de interpretación.....	31
2.1.1.2 Análisis del sentido de la Ley N° 20.823 en materia de aplicación de beneficios.....	34
2.1.1.3 Aplicación de los beneficios a la generalidad de los trabajadores del comercio: análisis de la historia legislativa	35
2.1.1.4 Utilización del principio protector y la regla <i>in dubio pro operario</i>	38
2.1.2 Incremento remuneracional y trabajadores de jornada parcial	45
2.1.3 Requisitos especiales para el otorgamiento de los siete domingos adicionales de descanso	46
2.2 Ámbito temporal de aplicación de la Ley N° 20.823.....	48
CAPÍTULO III: EFECTOS DE LA LEY N° 20.823	49
3.1 Modificación de la jornada ordinaria de trabajo de los trabajadores del comercio, para efectos de cumplir con la Ley N° 20.823	49
3.1.1 Posturas contradictorias emanadas de los dictámenes de la Dirección del Trabajo	49
3.1.2 Fijación de turnos en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa.....	51
3.1.3 El Reglamento Interno como manifestación de los poderes de dirección del empleador	53
3.1.4 Conclusión: el empleador es quien debe modificar el Reglamento Interno para efectos de cumplir con la Ley N° 20.823.....	54
3.2 Recargo del 30% para los días domingos trabajados, calculado sobre el sueldo convenido	59
3.2.1Iniciativa exclusiva del Presidente de la República para aumentar las remuneraciones del sector privado	59
3.2.2 Sentido y alcance de la expresión “sueldo convenido”. Análisis del Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015.....	61
3.2.3 Incremento de remuneraciones y libertad de contratación (Artículo 19 N° 16 de la Constitución)	64
3.2.4 Impacto en los ingresos de los trabajadores del comercio.....	68

CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	75

ABREVIATURAS

DT: Dirección del Trabajo.

DFL: Decreto con Fuerza de Ley.

CPR: Constitución Política de la República.

LOC: Ley Orgánica Constitucional.

CETRA: Centro de Estudios del Trabajo.

RESUMEN

El día 7 de abril del año 2015 entró en vigencia la Ley N° 20.823, normativa que tuvo por objeto mejorar las condiciones laborales y familiares de los trabajadores del comercio. Para tales efectos, modificó al artículo 38 inciso segundo del código del trabajo, estipulando en este mismo que las horas trabajadas en días domingo serán remuneradas con un recargo del 30%. Asimismo, incorporó el artículo 38 bis al mismo cuerpo legal, estableciendo en este que los trabajadores del N° 7 del artículo 38, tendrán derecho a siete domingos adicionales de descanso durante cada año de vigencia del contrato.

Esta investigación tiene por objeto central analizar los efectos de la aplicación de la Ley N° 20.823, en cuanto a los beneficios otorgados. Dicho análisis se construirá de manera objetiva, ilustrando las consecuencias de la Ley N° 20.823 tanto desde el punto de vista de las empresas del sector, así como también desde la óptica de los trabajadores.

Para cumplir con el objetivo trazado, contextualizaré la norma, haciendo un recorrido histórico por la regulación de los trabajadores del comercio. Posteriormente, se analizará el ámbito de aplicación de la misma, para esto criticaré los dictámenes de la Dirección del Trabajo, ya que estos se han encargado de extender los beneficiarios de la Ley N° 20.823, sin existir fundamento legal para aquello. Finalmente, esta investigación abordará los efectos de la normativa, analizando por un lado, las facultades del empleador para modificar unilateralmente la jornada de trabajo para adecuarse a la Ley N° 20.823, y por el otro, las consecuencias jurídicas y prácticas para los trabajadores y las empresas del sector, el hecho de que las remuneraciones de los días domingos se tengan que pagar con un recargo del 30% . .

INTRODUCCIÓN

Una de las características del sector comercio en Chile es su desarrollo constante a lo largo del tiempo. Producto de esto, actualmente aporta de manera significativa a la economía nacional, al punto que su contribución al PIB es la segunda más importante del país. Siguiendo en el plano económico, pero ahora conectado con el ámbito social, se puede señalar que el comercio también es relevante en la creación de empleos. Y es que, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y la Cámara de Comercio de Santiago, un 20% de los ocupados de nuestro país trabajan en dicho sector. A su vez, la expansión de la actividad comercial es beneficiosa para los consumidores, ya que el aumento en la oferta de bienes y servicios genera más competencia entre los oferentes, y gracias a esto, los demandantes de productos pueden adquirirlos a un menor precio.

Asimismo, es relevante mencionar la irrupción de los centros comerciales (malls), las tiendas por departamento y de hipermercados. Y es que, desde la instalación de estas tiendas en Chile en la década del 80' (con las aperturas de los Centros Comerciales Apumanque y Parque Arauco), comenzó un proceso de crecimiento y posicionamiento en el mercado de tales establecimientos, al punto que hoy en día existen setenta y nueve centros comerciales a lo largo del país. De esta manera, se advierte que el crecimiento comercial es impulsado en gran medida por dichos centros, cuestión que se ratifica si se toman en cuenta los datos recopilados por la International Council of Shopping Centers (ICSC), que indican que un cuarto de las ventas de este sector se realizan en los malls¹. En efecto, resulta innegable el crecimiento del comercio y los beneficios que ha traído para la comunidad. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿cuál es la situación de los trabajadores de este sector?

En nuestro país la historia de los trabajadores del comercio está marcada por una serie de acontecimientos que, a lo largo de los años, han modificado sus condiciones de trabajo y la relación laboral misma. De ahí que resulte acertado lo señalado por los profesores Irene Rojas y Rafael Pereira, quienes sostienen que la historia de estos trabajadores “está marcada por una lucha permanente por la mejoría de las condiciones laborales”². En este sentido, las diversas leyes dictadas han consagrado, paulatinamente, más derechos para estos trabajadores,

¹ TAPIA, M. 2013. Economía y negocios online. [en línea]

<<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=106955>> [consulta: 14 de abril de 2016].

² ROJAS, I y PEREIRA R. 1993. Regulación legal de las relaciones laborales en el comercio. En: El sector comercio en Chile. Santiago, PET. p. 137.

transitándose desde el siglo XIX, donde el único derecho consagrado en el comercio era el derecho al “salario estipulado”³, al siglo XXI, donde existe una acabada regulación de la jornada de trabajo, remuneración y descansos.

El 7 de abril del año 2015 entró en vigencia la Ley N° 20.823, que modificó el Código del Trabajo en materia de jornada laboral y remuneraciones para los trabajadores del sector comercio. Esta modificación legislativa se enmarca dentro de las mejoras en la calidad de vida de estos trabajadores, pues al observar su historia legislativa, el objetivo principal de este proyecto fue reconocerles el derecho a realizar vida familiar. De hecho, la propuesta inicial del senador Juan Pablo Letelier Morel, tuvo por objeto establecer el descanso dominical obligatorio para los trabajadores del comercio (dado que estos están exceptuados de descansar los domingos, en virtud del artículo 38 n° 7 del Código del Trabajo), pues en sus propias palabras:

“el domingo es un día de descanso para gran parte de la sociedad, que puede ser dedicado o utilizado en actividades de carácter familiar, esparcimiento y descanso. Siendo para muchos de nuestros trabajadores, el único día disponible de la semana para desarrollar este tipo de actividades”⁴.

Si bien no hubo consenso para establecer la obligatoriedad del descanso dominical para los trabajadores de este sector, un aspecto positivo de la ley es que su redacción final se debe al resultado de las conversaciones de una mesa tripartita de trabajo, donde intervinieron los sindicatos de los principales establecimientos de comercio del país, los representantes de las empresas y la ministra del trabajo. Por esta razón, en el marco de la discusión del proyecto, la ministra de ese entonces, Javiera Blanco, agradecía “a quienes tuvieron la disposición de sentarse a la mesa para lograr acuerdos”⁵, junto con destacar “la importancia de avanzar respecto de un sector que, sin duda, debe lograr la compatibilización entre la vida laboral y la vida familiar”⁶.

Finalmente, producto de las tratativas entre los actores antes mencionados la Ley N° 20.823 estipuló, en materia de descansos y remuneraciones, lo siguiente:

³ ROJAS, I y PEREIRA R. 1993. Regulación legal de las relaciones laborales en el comercio. En: El sector comercio en Chile. Santiago, PET. p. 138.

⁴ LETELIER, J. Proyecto de ley que reestablece el descanso dominical obligatorio. p. 1.

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. 2015. Historia de la Ley N° 20.823. p. 52.

⁶ Idem.

1. Una remuneración con un recargo del 30%, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, respecto a las horas ordinarias trabajadas en día domingo. Siendo calculado el recargo sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria⁷.

2. Siete domingos de descanso adicionales durante cada año de vigencia del contrato de trabajo. Permitiendo la ley que, mediante acuerdo escrito entre el empleador y los trabajadores o con los sindicatos existentes, hasta tres de dichos domingos puedan ser reemplazados por días sábado, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal. Estableciendo que el derecho al descanso dominical no podrá ser compensado en dinero, ni acumulado de un año a otro⁸.

Así, esta nueva normativa reafirma el carácter protector de la ley laboral, al reconocer el derecho a hacer vida familiar a los trabajadores del sector comercio. A pesar de aquello, esta ley presenta particularidades, tanto en sus aspectos prácticos como teóricos, que requieren ser analizados.

En efecto, a propósito de su aplicación, el primer conflicto generado por la norma se produjo por la reorganización unilateral de los turnos rotativos, pactados y ya existentes, por parte de los empleadores. Si bien esta modificación de los turnos rotativos obedece a las adecuaciones que tienen que hacer las empresas para otorgar los siete domingos adicionales, los trabajadores estiman que no era necesario modificar completamente la malla de turnos para otorgar dichos descansos, y que sí se optaba por una modificación, esta debía ser consensuada. Por su parte, los empleadores sostienen que la decisión recae en ellos, al detentar el empleador el poder de dirección de la empresa. Este conflicto entre empleadores y trabajadores, se agudizó por las contradicciones emanadas de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, pues en un primer momento señaló que era facultad del empleador realizar la modificación⁹, y posteriormente sostuvo que las adecuaciones en los turnos debían ser consentidas entre el empleador y los trabajadores¹⁰.

Sumado a lo anterior, aparecieron las primeras denuncias de trabajadores que decían relación con que las empresas no estaban otorgando los domingos en su calidad de adicionales,

⁷ Explicación del nuevo texto del artículo 38 inc. 2°, establecido a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823. .

⁸ Explicación del artículo 38 bis, incorporado con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823.

⁹ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015.

¹⁰ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2837/041, de 9 de junio de 2015.

sino que estaban reemplazando un día de descanso semanal (al que siguen teniendo derecho) por un día domingo. Este hecho, inevitablemente lleva a preguntarse si la ley otorga un verdadero resguardo a los trabajadores para que los empleadores cumplan con esta normativa y si la fiscalización a las empresas es suficiente, pues de lo contrario no se obtienen los efectos esperados.

Por su parte, el incremento remuneracional del 30% en días domingo también ha generado controversia, principalmente en el sentido y alcance de la disposición, puesto que no existe claridad respecto a los beneficiarios del incremento, ni tampoco la forma de calcular este. En relación a esto último, la ley se limita a señalar que el recargo aplica sobre el “sueldo convenido”, sin precisar qué parte de la remuneración comprende dicha expresión.

Ahora bien, no solo existen problemas en la aplicación de la norma, puesto que junto con las dudas razonables sobre su cumplimiento, la forma de otorgar los beneficios y los beneficiarios, existen aspectos teóricos que requieren análisis, particularmente aquellos asociados a la fundamentación de la norma. Esto último significa constatar si los preceptos contenidos en la Ley N° 20.823 son razonables a la luz de lo preceptuado en la Constitución Política de la República. Así, en relación a los empresarios del comercio, surge la interrogante si constitucionalmente es procedente que se obligue a las empresas del sector a pagar remuneraciones más altas los días domingos, considerando que las relaciones contractuales laborales están amparadas por la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19 n° 16 de la Constitución. Por eso, en esta materia resulta necesario observar si la obligación impuesta a las empresas de pagar remuneraciones más altas, vulnera el precepto constitucional, en el sentido de impedir una contratación negociada libremente, al estar fijado por ley un incremento de remuneraciones en día domingo.

En definitiva al existir asuntos que el texto de la Ley N° 20.823 no resuelve, este trabajo pretender aclarar tanto los problemas prácticos que se presentan en la aplicación de la norma, como los aspectos teóricos no resueltos por esta.

Para cumplir con la propuesta trazada, en el primer capítulo caracterizaré al sector comercio en Chile, donde se explicará el desarrollo de dicha actividad, para ilustrar así el contexto social y económico de la Ley N° 20.823. Posteriormente, en el mismo capítulo revisaré las principales normas nacionales que han regulado la relación laboral de los trabajadores del

comercio. Dicha revisión histórica interesa en dos aspectos: a) jornada de trabajo y b) descansos. Finalmente, mencionaré las razones históricas para incluir a los trabajadores del comercio dentro de las excepciones al descanso dominical (artículo 38 N° 7), para así tener a la vista la normativa vigente al momento de dictarse la Ley N° 20.823.

El segundo capítulo lo destinaré al estudio de la Ley N° 20.823, en relación a su ámbito personal y temporal de aplicación. En esta parte del trabajo me interesa realizar un análisis crítico del Dictamen Ordinario N° 4755/058, de 14 de septiembre de 2015, el cual estableció la aplicación general de los beneficios de la norma, en circunstancias que el tenor literal acotaba su aplicación respecto a los trabajadores que atendían directamente al público. Para arribar a dicha conclusión, el dictamen se sustenta en la historia legislativa y en el principio protector con su regla de interpretación *in dubio pro operario*, de modo que las críticas que deslizaré, dicen relación antes que todo con la improcedencia de acudir al elemento histórico de interpretación, luego en que aun cuando se acuda a dicho elemento la historia legislativa no permite arribar a la conclusión de una aplicación general de los beneficios, y finalmente en que la utilización del principio protector y la regla *in dubio pro operario* a la luz de la doctrina, tanto nacional como internacional, fue realizado de manera errónea por la Dirección del Trabajo.

En el tercer capítulo enunciaré los efectos de dicha normativa respecto a los beneficios que otorga. En este sentido, en materia de descansos adicionales, me haré cargo de las controversias acerca de quién es la facultad de organización de los turnos rotativos. Para esto, en primer lugar daré cuenta de las posturas contradictorias emanadas de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, para posteriormente tomando en cuenta que los turnos deben fijarse en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, y que este es una manifestación de los poderes de dirección del empleador, defender fundadamente la tesis consistente en que es el empleador quien debe modificar los turnos, y por consiguiente el Reglamento Interno, para cumplir con la Ley N° 20.823.

Por su parte, en relación al recargo del 30% para los días domingos, abordaré la constitucionalidad de dicha disposición. Esto significa no solo analizar si resulta jurídicamente procedente que una ley decrete el incremento de remuneraciones en el sector privado, sino que también es relevante constatar si dicho aumento implica una vulneración a la libertad de contratación, cubierta por la libertad de trabajo del artículo 19 n° 16 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, en el apartado de conclusiones informaré los aspectos centrales de la Ley N° 20.823, constatados a través de esta investigación.

CAPÍTULO I: LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN CHILE

1.1 Caracterización e importancia del sector

Dentro de la economía de un país, el sector terciario o de servicios, agrupa diversas actividades que no implican necesariamente la producción de bienes materiales. Así, se incluyen dentro de esta área la actividad financiera, turismo y hotelería, telecomunicaciones, comercio, entre otras. En el caso del comercio, su objetivo es la satisfacción de necesidades dentro de la sociedad, lo cual se produce a través de un intercambio, consistente en la producción de bienes y servicios, a cambio de dinero. En este sentido, como lo ilustra Estrella Díaz, esta área económica constituye un verdadero

“eje de intermediación entre sectores económicos, al constituir un vínculo entre la población y el consumo, entre productores y usuarios de bienes intermedios o finales; su misión es hacer posible que las diferentes unidades productivas realicen su producción en el mercado”¹¹ lo que implica que esté profundamente conectado con la economía de un país, pues su crecimiento o recesión estará influido notoriamente por los cambios que experimente el ciclo económico.

En Chile, el desarrollo de este sector ha sido notable en los últimos 40 años, debido principalmente al “boom de los centros comerciales”¹² que irrumpieron en nuestro país a partir de la década de los 80’. Y es que en dicha época se inauguraron los primeros establecimientos (Apumanque y Parque Arauco), mientras que en las décadas siguiente, se produjo la instalación de centros comerciales en diversas ciudades del país (Iquique, Antofagasta, Chillan, Concepción, Puerto Montt, etc). Ello generó un aumento considerable de la oferta comercial de bienes y servicios y, por consiguiente, su posicionamiento como actividad relevante. De esta manera, a fines del siglo XX el comercio ya era un sector importante en la economía del país, aportando hacia el año 1997, con un 19,8% al Producto Interno Bruto.

¹¹ JORNADA de trabajo en el sector comercio, la experiencia en grandes tiendas, supermercados y pequeñas tiendas mall. 1999. Por Estrella Díaz “et al”. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo n° 12. p. 9.

¹² DURÁN, G. y KREMERMAN, M. 2008. Caracterización del Sector Retail: Una mirada general. Santiago, Chile, Fundación Sol. p. 8.

A principios del siglo XXI “la difícil situación económica en Argentina y Perú frenó el ímpetu de expansión internacional de las mayores empresas chilenas de comercio minorista”¹³. Sin embargo, dicha circunstancia no generó una disminución en el crecimiento del sector, a nivel nacional; por el contrario, las empresas chilenas se fortalecieron al interior del país, al introducir “cambios importantes en la estrategia de desarrollo de sus negocios”¹⁴ consistentes en ampliar y diversificar su oferta mediante la adquisición de otras industrias. Mediante la fusión con otras empresas formaron un comercio minorista integrado (retail integrado), lo que les permitió abarcar una amplia oferta comercial, generando con esto un aumento de sus ventas. De esta forma, en el año 2006 las ventas del retail habían crecido en un 6,9% respecto del año anterior, alcanzando un total de US\$ 31 mil millones, lo que representó un 22% del PIB de ese año¹⁵.

Ahora bien, la importancia del sector comercio no puede reducirse solo a lo económico, entendiéndose por ello la oferta de bienes y servicios, sino que también es relevante por su aporte en el plano económico social, pues junto a su expansión generó empleo. En efecto, según los datos recabados por el Instituto Nacional de Estadísticas, durante el primer trimestre del año 2016 los ocupados del sector ascendían a 1,6 millones, aportando de esta forma con un 19% al empleo total del país¹⁶.

Si bien es cierto que no es el tema central de esta memoria el crecimiento sostenido en el tiempo del sector comercio, ni tampoco la generación de empleos por esta industria, resulta relevante hacer mención a este tópico, para efectos de tener presente el contexto que rodea a dictación de la Ley N° 20.823.

1.2. Regulación histórica de los trabajadores del sector comercio

1.2.1 Las primeras leyes laborales del siglo XX

La falta de intervención del Estado en las relaciones laborales, que se manifestaba desde el siglo XIX, generó que hasta comienzos de 1900 la clase trabajadora tuviera que laborar en pésimas condiciones y fuera víctima de explotación laboral, al no existir regulación alguna sobre

¹³ CALDERÓN, A. 2006. El modelo de expansión de las grandes cadenas minoristas Chilenas. Revista de la Cepal 90. p. 163.

¹⁴ Idem.

¹⁵ DURÁN, G. y KREMERMAN, M. 2008. Caracterización del Sector Retail: Una mirada general. Santiago, Chile, Fundación Sol. p. 4.

¹⁶ CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO, SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE. 2016. Sector comercio: Solo crecen empleos en categorías por cuenta propia y familiares no remunerados. [en línea] <http://www.cnc.cl/sector-comercio-solo-crecen-empleos-en-categorias-por-cuenta-propia-y-familiares-no-remunerados>. [consulta: 20 de mayo de 2017].

su jornada de trabajo y descansos. Por su parte, en el plano social la situación no era muy distinta, debido a que las condiciones de vida también eran precarias, por la llamada cuestión social¹⁷ que en nuestro país adquirió características propias, debido a la Guerra del Pacífico, la Revolución de 1891, la incorporación de nuevos grupos sociales a la vida política y los problemas de vivienda generados por las migraciones del campo a la ciudad. En este contexto de precariedad, la clase dirigente se mostró indiferente, reconociendo a la clase trabajadora, únicamente, como fuerza de trabajo o carne de cañón, o cuando mucho como vendedores de voto¹⁸. Dicha indiferencia ocasionó un descontento social en el proletariado de la época, quienes decidieron manifestarse con el claro objetivo de mejorar sus condiciones de trabajo. Las manifestaciones obreras fueron en franco ascenso, estimándose que entre los años 1902 y 1908 se habían producido cerca de 200 huelgas, concentrándose el 50% de estas en zonas salitreras y en Santiago¹⁹. Dentro de dicho periodo de agitación social, es particularmente relevante el año 1907, y es que producto de la represión del gobierno que ocasionó un centenar de muertes en Valparaíso en 1903 durante la Huelga del ferrocarril y 200 víctimas en Santiago en 1905 con ocasión de la Huelga de la Carne, el gobierno de Pedro Montt dictó la Ley N° 1.990.

Esta norma es la primera ley en nuestro país que consagró el descanso semanal obligatorio, estableciendo como día de descanso el domingo, con la modalidad de que empleadores y trabajadores, podían acordar descansar un día distinto²⁰. A su vez, dicha reglamentación contempló en su artículo tercero excepciones al descanso semanal obligatorio, principalmente para aquellas labores que no podían interrumpirse y para los casos en que se debían reparar desperfectos producidos por caso fortuito o fuerza mayor. En ambas situaciones debía otorgarse un día de descanso cada dos semanas.

No obstante lo anterior, esta ley de descanso dominical, solo tuvo efectos en algunos rubros de la actividad económica, debido a que no se dictó un reglamento para aplicar sus disposiciones. Así, la situación de los trabajadores del comercio siguió siendo problemática, ya que amparados en la ausencia de reglamento, los patronos de casas comerciales, no aplicaron sus

¹⁷ Es decir, se manifestaron el conjunto de problemas sociales derivados de la Revolución Industrial.

¹⁸ ARTAZA, P. 2006. Movimiento social y politización popular en Tarapacá, 1900- 1912. Santiago, Chile, Ediciones Escaparate. 230 p. Citado en: NAUDÓN, A. 2013. La cuestión social y el derecho, orígenes de la primera codificación laboral chilena. Santiago, Chile, LOM ediciones. p. 109.

¹⁹ ULLOA, V. 2003. El movimiento sindical chileno del siglo xx hasta nuestros días. Santiago, Chile, Organización Internacional del Trabajo. p. 2

²⁰ Ley N° 1.990 sobre descanso de un día a la semana, art 2°. Diario Oficial, Santiago, Chile, 29 de agosto de 1907.

disposiciones. Producto de esto, hacia 1908 Malaquías Concha, político de la época, denunciaba el hecho al parlamento, los empleados del comercio publicaban un comunicado en los diarios pidiendo al gobierno la pronta elaboración de un reglamento para poner en práctica esta ley y el gremio de peluqueros de Santiago solicitaba al senador Matte Pérez interponer su influencia para obtener el despacho de este estatuto²¹. A su vez, los parlamentarios de la época, movidos por la ineficiencia mostrada por la ley del año 1907, aprobaron en el año 1917 la Ley N° 3321, la cual tuvo por objetivo solucionar los defectos de la ley anterior²². Dicha norma, consagró en su artículo 1° el descanso obligatorio en días domingos y festivos para empresas mineras, industriales o comerciales, públicas o privadas. Con miras a hacer efectivo tal descanso, el descanso dominical lo declaró irrenunciable, sancionando con nulidad absoluta todo pacto que vulnerase el derecho a descanso. Asimismo, en su artículo 2° mencionó las excepciones a la obligatoriedad del descanso dominical, las cuales, salvo algunas variaciones de redacción, fueron las mismas contempladas en la ley de 1907. Finalmente, estipuló que el descanso de los trabajadores de “boticas”, se entendería sin perjuicio del turno al que debían someterse en las noches y días feriados.

Ambas leyes, permitieron que los trabajadores del sector comercio fueran beneficiados con el descanso semanal y dominical, respectivamente. Ello gracias a que ninguna de las dos leyes los exceptuó de dicho descanso, ya que las excepciones fueron contempladas para actividades que no podían interrumpirse, o bien para la reparación de desperfectos.

Es importante enunciar que en el periodo transcurrido entre una y otra ley fue publicada la Ley N° 2.951, más conocida como “Ley de la Silla”. Dicha norma entró en vigencia en el año 1914 y obligó a los empleadores de establecimientos comerciales a: (1) mantener un número de sillas suficientes para sus dependientes y (2) otorgar una hora y media para almorzar a sus trabajadores, esto con el objetivo de beneficiar a empleados de tiendas y almacenes que laboraban en jornadas de 12 y hasta 14 horas.

Estas nacientes leyes, fueron escasamente aplicadas y se transformaron, en muchos casos, en pura teoría. A la falta de aplicación de la ley de descanso semanal en el comercio por la inexistencia de reglamento, se sumó el incumplimiento de la ley de la silla, la cual como lo ilustra el profesor Sergio Grez “era violada asiduamente por los dueños de negocios so pretexto que la

²¹ GREZ, S. 2007. El encarpado camino hacia la legislación social: debates, contradicciones y encrucijadas, en el movimiento obrero y popular (Chile, 1901-1904). Revista Cyber Humanitatis. p. 15.

²² Idem.

‘silla enseña a flojo al empleado’ y que era mejor para la actividad comercial que los dependientes permanecieran 12 horas de pie”²³.

A pesar de aquello, para los profesores Wiliam Thayer y Sergio Grez estas normas son relevantes. Para el primero, estas se encargaron de generar conciencia pública sobre la llamada cuestión social²⁴, ya que al establecer derechos mínimos en favor de los trabajadores, cimentaron la reflexión en la élite política del país, lo que significó avanzar hacia la legislación social. Mientras que para el segundo, su importancia radica en que:

“acaiteados por grandes tempestades sociales, en los primeros años del siglo los gobernantes y parlamentarios, impulsaron la discusión y aprobación de las primeras leyes sociales, que aunque tímidas, incompletas y casi siempre inoperantes, marcaron el inicio de un transición que culminaría un par de décadas más tarde”²⁵.

1.2.2 Código del Trabajo de 1931

En 1920 fue electo Presidente el señor Arturo Alessandri Palma, quien llegaba a la presidencia con la intención de defender los intereses de los sectores medios y del proletariado de la época, pues había conocido sus problemáticas cuando fue senador por Tarapacá. Con el objeto de llevar a la práctica la orientación social que le dio el triunfo, Alessandri envía al Congreso, en el año 1921, un proyecto de Código del Trabajo de marcado tinte social. La aprobación de dicho proyecto fue dilatada por el poder legislativo hasta el año 1924, pues el 8 de septiembre de ese año, ante la presión militar, en el movimiento denominado “Ruido de Sables”, el congreso aprobó de manera precipitada siete importantes leyes (cinco de ellas del citado proyecto de Código del trabajo), que comprendían materias fundamentales de legislación social²⁶.

Hacia 1930 la legislación social chilena era abundante, pero carecía de orden, armonía y era a veces contradictoria. Todo esto hacía que muchos preceptos no tuvieran aplicación práctica. Ante esto, Carlos Ibáñez del Campo, Presidente de la época, presentó su proyecto de

²³ GREZ, S. 2007. El encarpado camino hacia la legislación social: debates, contradicciones y encrucijadas, en el movimiento obrero y popular (Chile, 1901-1904). Revista Cyber Humanitatis. p. 16.

²⁴ THAYER, W. 1994. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral Chileno. En: Estudios Públicos n° 54, Santiago, Chile. p. 226.

²⁵ GREZ, S. 2007. El encarpado camino hacia la legislación social: debates, contradicciones y encrucijadas, en el movimiento obrero y popular (Chile, 1901-1904). Revista Cyber Humanitatis. p. 6

²⁶ WALKER, F. 1950. Panorama del derecho social chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 65.

Código del Trabajo con el objeto de refundir en un solo texto las leyes vigentes. Sin embargo, apenas comenzaba a ser estudiado el proyecto en el poder legislativo, el poder ejecutivo, en un acto de extralimitación de facultades concedidas por el legislativo para reorganizar la administración pública, dictó, el día 13 de Mayo de 1931, el Código del Trabajo de Chile (DFL N° 178)²⁷. A pesar de esto, este primer código tuvo la particularidad de reglamentar en forma general: (1) la jornada laboral, al establecer el descanso entre una jornada diaria y la siguiente y (2) el descanso diario, semanal y anual.

En relación a la jornada laboral, el artículo 24 del mencionado cuerpo legal estableció que la jornada para todos los trabajadores sería de 48 horas semanales, la cual podía distribuirse en un máximo de 6 días, por tanto la jornada diaria comprendía un máximo de 8 horas. También, estableció en el artículo 28, que se podían pactar horas extraordinarias, con un máximo de 2 horas por día, de modo que la jornada diaria no podía exceder de las 10 horas. En materia de descansos, el descanso dominical y el otorgado en días festivos tuvieron el carácter de obligatorio para todos los trabajadores, con la única excepción de las farmacias de turno, la farmacia única de una localidad y de la Asistencia Pública de cada pueblo²⁸.

Nuestro primer Código del Trabajo sería reformado al año siguiente de su entrada en vigencia, pues en el año 1932, a través del Decreto Ley N° 478, se incorporó una nueva excepción al descanso dominical, la cual autorizaba la apertura en día domingo de los establecimientos de abarrotes, en razón de que estos expendían artículos de primera necesidad. Eso sí, esta norma de excepción obligaba a dichos establecimientos a cerrar a las 12:30 horas el día domingo.

En el año 1955 la Ley N° 11.999 estableció el denominado “Sábado Inglés”, el cual consistía en el cierre obligatorio de los locales comerciales a partir de las 13 horas del día sábado, de manera obligatoria para las comunas de Antofagasta, Valparaíso, Santiago, Talca, Concepción, Temuco, Valdivia, Osorno y Punta Arenas. En el resto de las comunas del país operaba de forma opcional, pues su implementación estaba a cargo de las municipalidades, quienes a petición de los empleadores y empleados, podían decretar el cierre obligatorio de establecimientos comerciales minoristas a partir de las 13 horas del día sábado. Luego, en el año 1965, a través del Decreto N° 1.897, se estableció la jornada única con el carácter de obligatoria para las principales comunas del país.

²⁷ WALKER, F. 1950. Panorama del derecho social chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 65

²⁸ Decreto con fuerza de ley N° 178, artículo 324 inciso 2°. Diario Oficial, Santiago, Chile, 13 de mayo de 1931.

Posteriormente, en el año 1970, la Ley N° 17.375 instauró una jornada semanal de 44 horas para los trabajadores del sector comercio, reconociendo plena validez al “Sábado Inglés”, al establecer una jornada diaria de trabajo de 8 horas de lunes a viernes y de 4 horas los días sábados para la generalidad del comercio. Dicha regla general, tenía como límite los establecimientos de abarrotes y de productos alimenticios, ya que como lo ilustran los profesores Irene rojas y Rafael Pereira²⁹, en dichos establecimientos al estar exceptuados del descanso dominical, la jornada se establecería de común acuerdo entre empleados y empleadores o bien por la Inspección del Trabajo, en caso de falta de acuerdo.

En definitiva, durante la vigencia del Código del Trabajo de 1931 y sus modificaciones, los trabajadores del comercio trabajaron 48 horas semanales y a partir de 1970 su jornada semanal se redujo a 44 horas. Además, la generalidad del sector, a excepción de los dependientes de farmacias y de establecimientos de abarrotes, tuvo derecho a un día y medio de descanso semanal a partir de la instauración del “Sábado Inglés”.

La situación para los trabajadores del comercio, viose modificada en el año 1975, en virtud del Decreto Ley N° 934. Este decreto, estipuló en su artículo 2° la “libertad horaria en el comercio”, consistiendo tal libertad en que los propietarios de los establecimientos de comercio podían fijar de común acuerdo con sus empleados los horarios de trabajo y de atención al público.

La justificación para instaurar la libertad horaria se encuentra en el mensaje del decreto. En efecto señalaba que con dicha libertad se buscaba incentivar la iniciativa privada en materia comercial, para así aprovechar de mejor manera los recursos existentes y, de esta forma, alcanzar una economía próxima al pleno empleo. La Junta Militar se encargó de estipular que la libertad horaria en el comercio no era absoluta, pues el decreto en su artículo 3° estableció una jornada de trabajo mínima de 44 horas semanales, la cual podía ser ampliada mediante acuerdo entre el empleador y el trabajador. En la práctica, esto significó que durante la vigencia del decreto la jornada de trabajo de los trabajadores del comercio y los descansos, quedó sujeta a la voluntad del empleador, ya que el decreto solo estableció mínimos respecto a la extensión de la jornada laboral, por lo que sobre ese mínimo la duración quedaba a discreción del empleador.

²⁹ ROJAS, I y PEREIRA R. 1993. Regulación legal de las relaciones laborales en el comercio. En: El sector comercio en Chile. Santiago, Chile, PET. p.141.

Si bien se puede contra argumentar que para extender la jornada se necesitaba de un acuerdo entre empleador y trabajadores, lo cierto es que difícilmente los dependientes del comercio estaban en condiciones de negociar su jornada en igualdad de condiciones con los empleadores. Esto principalmente por 2 razones: (1) producto de las asimetrías existente entre ambos, los empleadores fácilmente pudieron imponer su voluntad sobre los trabajadores, (2) el debilitamiento de las organizaciones sindicales generado por la dictadura, al autorizar a estas un campo de acción muy estrecho, que tal como da cuenta la profesora Irene Rojas tuvieron únicamente “un mero rol de defensa de los intereses económicos inmediatos de los trabajadores”³⁰, repercutió en que los sindicatos se vieran impedidos de defender aspectos de índole de extensión de jornada laboral y descansos.

1.2.3 Plan Laboral de 1978

En los primeros años de la dictadura de Augusto Pinochet Ugarte, se dictó una nueva legislación con el objeto de modificar la regulación de las relaciones laborales. En efecto, mediante el D.L N° 2.200, que trataba “Sobre Contrato de trabajo y protección de los trabajadores “y otras disposiciones anexas, fue instaurado el llamado “Plan Laboral”. Este último tuvo como característica esencial la funcionalidad al modelo económico neoliberal y por consiguiente dentro de sus orientaciones jurídicas fundamentales estuvo la desregulación de las relaciones individuales de trabajo, al dejar dicha regulación a la autonomía privada de las partes.

La libertad de horario en el comercio establecida en el año 1975, fue ratificada por el D.L N° 2.200, ampliando este último la jornada laboral a 48 horas semanales.

El artículo 36 del decreto, permitió al empleador extender la jornada diaria de los trabajadores del comercio a 10 horas en los “períodos inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias y otras festividades”, surgiendo para los trabajadores el derecho a cobrar el recargo legal del 50% por las horas extraordinarias. Dicha jornada especial fue aumentada por la Ley N° 18.018³¹, la cual dispuso que el empleador podía extender la jornada ordinaria hasta en 2 horas diarias en los períodos señalados en el artículo 36, sin establecer máximos a la jornada diaria.

³⁰ ROJAS, I y PEREIRA, R. 1993. Regulación legal de las relaciones laborales en el comercio. En: El sector comercio en Chile. Santiago, Chile, PET. p. 146.

³¹ Normativa que entró en vigencia el 14 de agosto de 1981.

En el año 1984, la Ley N° 18.372 estipuló que la jornada diaria de los trabajadores del comercio no podía superar las 12 horas, estableciendo que la jornada ordinaria no podía superar las 10 horas, mientras que la extraordinaria 2 horas. Además, en esta modificación fue estipulado que la jornada semanal no podía distribuirse en más de 6 días, ni en menos de 5. Por su parte, en materia de descansos el D.L N° 2.200 no exceptuó expresamente del descanso dominical a los trabajadores del comercio. No obstante, en el año 1981 se incorporó entre las labores exceptuadas del descanso dominical, aquellas que se realizan en establecimientos de comercio y de servicios que atienden directamente al público³².

Sumado a lo anterior, cabe agregar la Ley N° 18.018, del año 1981, normativa que se encargó de extinguir los últimos derechos que quedaban para los trabajadores del comercio, al derogar: (1) el D.L 178 de 1932, respecto al cierre de locales de abarrotes, y exceptuar así a todos los establecimientos del comercio del descanso dominical y (2) la Ley N° 11.999 que establecía el llamado “Sábado Inglés”.

En consecuencia, a fines de la década de los 80’, la jornada de trabajo para los dependientes del comercio era de 48 horas semanales y tenían un día de descanso a la semana en compensación a los días domingos trabajados.

El D.L N° 2.200 se mantuvo vigente hasta el 6 de julio de 1987, pues aquel día entró en vigencia el nuevo Código del Trabajo.

1.2.4 Regulación actual

En 1987, se dictó un nuevo Código del Trabajo a través de la Ley N° 18.620, cuya finalidad fue “hacer posible el funcionamiento de un sistema laboral individual y colectivo compatible con una economía social de mercado, donde no hubiera distingos entre empleados y obreros, y el Estado se enmarcara en su papel subsidiario y no compitiera con la empresa privada, que debía operar como gran motor del crecimiento económico”³³.

Este nuevo cuerpo legal en materia de jornada de trabajo, mantuvo las 48 horas semanales de trabajo y la facultad del empleador de extender la jornada de trabajo “en los períodos

³² Decreto Ley N° 2.200, artículo 49 N° 6. Diario Oficial, Santiago, Chile. 15 de junio de 1978.

³³ THAYER, W. 1994. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral Chileno. Revista de Estudios Públicos (54) p. 228.

inmediatamente anteriores a navidad, fiestas patrias u otras festividades"³⁴. Mientras que en relación a los descansos de los trabajadores del comercio, conservó tanto la excepción de descanso dominical en el artículo 37 N° 7, como el día de descanso compensatorio por cada día domingo trabajado.

La jornada ordinaria de trabajo establecida en el Código de 1987, permaneció vigente hasta el 2001, año en que la Ley N° 19.759 redujo la jornada laboral a 45 horas semanales³⁵.

Por su parte, la extensión de jornada fue modificada el año 2007 a través de la Ley N° 20.215. Esta última consagró que solo se podía extender la jornada de trabajo en el periodo anterior a navidad, eliminando la expresión "fiestas patrias y otras festividades". A su vez, clarificó que el periodo de tiempo en que se podía extender la jornada eran los 9 días anteriores a navidad, distribuidos dentro de los últimos 15 días previos a esta festividad. Regulando, a su vez que la hora máxima de término de jornada era las 23 horas para los días en que se extendiera la jornada ordinaria, con el límite que el día inmediatamente anterior a la navidad y al 1 de Enero de cada año, el horario de cierre debía ser a las 20 horas³⁶.

Las 45 horas semanales, así como también la modificación del año 2007 permanecen vigentes hasta el día de hoy.

La vuelta a la democracia traería consigo un conjunto de modificaciones al recientemente promulgado Código de 1987. En este sentido, en el año 1993, a través de la Ley N°19.250, en materia de descansos se modificó el artículo 37, agregándose a este un nuevo inciso cuarto, en el cual se concedió el derecho a descansar al menos un domingo al mes para los trabajadores del comercio. Para René Cortazar, ministro del Trabajo y Previsión social de la época, dicha modificación fue relevante, ya que junto con el aumento de cinco a once meses en el monto máximo de las indemnizaciones legales por término del contrato de trabajo, fue "una manifestación del principio de equidad"³⁷. Tal modificación quedó plasmada en el nuevo Código del Trabajo del año 1994, con la sola prevención que a partir de ese año las excepciones al descanso dominical quedaron consagradas en el artículo 38, y por tanto la regulación de los trabajadores del comercio quedó establecida en el n°7 de tal precepto.

³⁴ Ley N°18.620, artículo 24. Diario Oficial, Santiago, Chile, 6 de julio de 1987.

³⁵ Decreto con fuerza de ley N°1, artículo 22 inciso 1°. Diario Oficial, Santiago, Chile, 16 de enero de 2003.

³⁶ Ley N°20.215, artículo 24 inciso 1° y 2°. Diario Oficial, Santiago, Chile, 14 de septiembre de 2007.

³⁷ LIZAMA, L. 2011. El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2) p. 128.

En el año 2001 la Ley N° 19.759 modificó nuevamente el artículo 38, concediendo al sector comercio el derecho a descansar al menos dos domingos al mes.

El año 2008 entró en vigencia la Ley N° 20.281, siendo una importante norma, dado que estableció en su artículo transitorio que:

“los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo”³⁸.

Esta ley impactó en las remuneraciones de los trabajadores del comercio, debido a que por lo general las remuneraciones en este rubro, en lo que respecta al sueldo base, eran muy inferiores al sueldo mínimo.

En definitiva, a abril del 2015, mes en que entró en vigencia la Ley N° 20.823, la regulación de los trabajadores del comercio era la siguiente:

- a) Exceptuados de descansar el día domingo (art. 38 n° 7 CT), aunque con derecho a un descanso compensatorio por cada domingo trabajado.
- b) Derecho a descansar al menos dos domingos en el mes.
- c) Respecto a la jornada laboral, su duración es de 45 horas semanales, remunerándose el exceso con un recargo del 50%. Por lo tanto, las horas trabajadas en día domingo se remuneran como extraordinarias cuando exceden la jornada ordinaria semanal.
- d) En virtud de la Ley N° 20.281 del año 2008, el sueldo base no puede ser inferior al salario mínimo y por lo preceptuado en el artículo 24 del Código del Trabajo, es posible extender la jornada de trabajo los días anteriores a la navidad.

La nueva Ley N° 20.823, del año 2015, modificó el artículo 38 del Código del Trabajo al remunerar con un recargo del 30% las horas ordinarias trabajadas en día domingo. Además incorporó un nuevo artículo 38 bis, al otorgar siete domingos adicionales de descanso a los dependientes del comercio.

³⁸ Ley N° 20.281, artículo transitorio. Diario Oficial, Santiago, Chile, 21 de julio de 2008.

1.3 Razones para la inclusión de los trabajadores del sector comercio en el artículo 38 del Código del Trabajo

En materia de descanso semanal, los trabajadores del comercio poseen diferencias con la generalidad de los trabajadores. Esto porque la regla general del artículo 35 del Código del Trabajo, que señala que los días domingos y festivos serán de descanso, no aplica para los dependientes del comercio, pues estos últimos están exceptuados del descanso dominical, según lo dispuesto en el artículo 38 n° 7 del Código del Trabajo.

El sector comercio fue incorporado como excepción al descanso dominical en el año 1981, cuyos fundamentos ya se advierten desde el año 1975. Esto porque fue a partir de la promulgación del Decreto Ley N° 934, que se estableció la libertad horaria en el comercio, que se liberalizaron las relaciones en este sector. De ahí que, las razones para que los dependientes del comercio se encuentren hasta el día de hoy exceptuados del descanso dominical deben buscarse en dicho decreto, al ser esta la primera normativa que permitió desarrollar la actividad comercial en día domingo.

Revisando la modificación del año 1975, se observa que el decreto señala que “la iniciativa privada, en materia comercial, debía buscar la forma más adecuada para satisfacer las necesidades de la población, en armonía con los intereses y derechos de los trabajadores de los respectivos establecimientos”³⁹, y que la libertad de horario, “sin lesionar los derechos laborales consagrados por la legislación vigente, propendería a un mejor aprovechamiento de los recursos”⁴⁰. A su vez, la norma estipuló que los empleadores de común acuerdo con sus empleados podían fijar los horarios de atención de público, con la sola prevención que debían cumplir un mínimo de 44 horas semanales. Así, al estipular la libertad de horario del comercio y no restringir la apertura a los días hábiles de la semana, permitió desarrollar la actividad comercial en días domingos. Sin embargo, el primer problema que subyace a esta libertad horaria, se da porque el Decreto Ley N° 934 no estableció mecanismos para alcanzar acuerdos sobre jornada de trabajo. A ello se suma que uno de los medios para conciliar los intereses empresariales con los de los trabajadores, la negociación colectiva, se encontraba suspendida desde 1973 por el Decreto Ley N°49.

³⁹ Decreto Ley N° 934 autoriza libertad de horario de trabajo para establecimientos comerciales. Diario Oficial, Santiago, Chile, 21 de marzo de 1975.

⁴⁰ Idem.

Ahora bien, analizando la excepción del descanso dominical del sector comercio a la luz del Derecho Internacional, se observa que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), contempla dos normativas aplicables a esta materia. Estas son: (1) el Convenio N° 14 sobre “descanso semanal en empresas industriales”⁴¹ y (2) el Convenio N° 106 que reguló el “descanso semanal en comercios y oficinas”⁴².

Ambos convenios estipularon como norma general que “el descanso de los trabajadores coincidirá siempre que sea posible con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región”⁴³. No obstante, el Convenio N° 14 autorizó excepciones a la regla general, siempre que se tuviera a la vista todas “las consideraciones oportunas de orden económico y humanitario y se consultará previamente a las asociaciones calificadas de empleadores y de trabajadores, cuando estas asociaciones existan”⁴⁴. Mientras que el Convenio N° 106 contempló “régimen especiales de descanso”⁴⁵ cuando no era posible aplicar la regla general de descansos, en razón de la naturaleza del trabajo, los servicios suministrados por el establecimiento, la importancia de la población que haya de ser atendida o bien por el número de personas ocupadas en el trabajo. Al mismo tiempo, coincidiendo con el Convenio N° 14, señaló que para adoptar un régimen especial se debía tomar en cuenta todas las consideraciones sociales y económicas pertinentes.

Cotejando la normativa de la Organización Internacional del trabajo con el Decreto Ley N° 934, cabe señalar que de la normativa nacional fluye que las razones para permitir la actividad comercial en día domingo, fueron de orden económico, pues aludiendo a conceptos como “la libre iniciativa privada” y “el mejor aprovechamiento de los recursos”, la junta militar de la época decidió situar dichos principios económicos por sobre el derecho a descansar los domingos de quienes se desempeñaban en establecimientos de comercio.

También se aprecia que el decreto del año 1975 no hizo mención a ninguna circunstancia de otra índole que hiciese necesaria la aplicación de un régimen especial de descansos para el comercio. Pero como esta actividad estuvo regida por una normativa especial y luego se incorporó como excepción al descanso dominical en el Código del Trabajo de 1981, quedó sometido desde la entrada en vigencia del Decreto ley N° 2.200 a un régimen diferente de

⁴¹ Convenio dictado en el año 1923 ratificado por Chile el 15 de septiembre de 1925.

⁴² Convenio dictado en el año 1957, no ratificado por Chile.

⁴³ Convenio N° 14 OIT, artículo 2 y Convenio N° 106 OIT, artículo 6.

⁴⁴ Convenio N° 14 OIT, artículo 4.

⁴⁵ Convenio N° 106 OIT, artículo 7.

descansos. Ante esto, resulta procedente referirse a los “regímenes especiales de descanso” contemplados en nuestro Código del Trabajo desde los numerales 1 al 8 del artículo 38 y en el Convenio N° 106 de la OIT. Esto con el objetivo de establecer si se justifica que el comercio tenga una regulación especial.

Cabe señalar, que en nuestro país las excepciones al descanso dominical contempladas en el Código del Trabajo de 1931, y que están vigentes hasta el día de hoy⁴⁶, tienen la particularidad de estar justificadas en la imposibilidad de otorgar descansos en día domingo, ya sea por razones del buen funcionamiento de la empresa (como la del N° 1 y el N°4), por la imposibilidad de interrumpir la actividad (la del N° 2) o por la naturaleza de ella que obliga a trabajar los días domingos(N° 3 y N° 5). Con esto, las excepciones contempladas a partir del año 1931 coinciden con lo estipulado en el Convenio N° 106 respecto a los “regímenes especiales de descanso”, pues en ambas normativas existen dichos regímenes por la imposibilidad de aplicar el régimen general de descansos.

Apartándose de lo anterior, el comercio fue contemplado como excepción al descanso dominical, en circunstancias que en dicha actividad es posible la aplicación del régimen general de descanso. Prueba de ello es que hasta el año 1975 la actividad comercial estuvo sujeta a la normativa general, sin que se produjeran perjuicios para las empresas y/o trabajadores del sector. Por lo que se puede concluir que a la luz de la normativa nacional e internacional, la excepción del comercio no encuentra sustento en las justificaciones para aplicar un régimen alternativo de descanso.

Y si bien, dentro de las causales del Convenio N° 106 que contemplan regímenes especiales de descanso, podría suscitar dudas en su aplicación a los trabajadores del comercio, la que hace mención a la importancia de los servicios suministrados, excepción que estaría amparada por el hecho de que la actividad comercial permite satisfacer necesidades básicas para la población .Lo cierto, es que no se puede defender tal postura, debido a que no es la generalidad del comercio la

⁴⁶ Artículo 38 Código del Trabajo:

Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

1. en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable; 214
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;
3. en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;
4. en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa;
5. a bordo de naves;

que expende productos de primera necesidad, por lo que pretender fundar en dicho motivo una excepción amplia que aplique a todo el sector comercio, sería inapropiado.

Por otro lado, el Decreto Ley N° 934 es problemático y presenta incongruencias con lo establecido en la normativa de la OIT, al estar fundado únicamente en razones económicas, sin tomar en cuenta aspectos humanitario y sociales. En esta materia, resulta clarificante lo señalado por la profesora Irene Rojas, quien critica la excepción del descanso dominical de los trabajadores del comercio, tanto por su fundamentación únicamente económica, así como también por la amplitud de la excepción para todo el sector comercio, en circunstancias que este último no se trata de

“un supuesto que signifique ‘imposibilidad de aplicación de las disposiciones sobre descanso garantizado por la tradición y las costumbre’, así como tampoco se trata de una situación extraordinaria que implique la imposibilidad de aplicación de las normas de descanso semanal en forma temporal”⁴⁷.

A los cuestionamientos expuestos, se agrega que la excepción a los trabajadores del comercio, privilegió los intereses económicos por sobre el derecho al descanso dominical de estos, sin considerar la opinión de las organizaciones de los trabajadores. Esta omisión de consulta a las organizaciones sindicales implica, por una parte, ir en contra de los convenios de la OIT, que exigen consulta previa a las organizaciones de trabajadores y, por otra parte, significa reconocer que en materia de descansos, la libre iniciativa económica está por sobre la opinión de los trabajadores.

Lo complejo que resulta haber privilegiado los intereses empresariales en desmedro del derecho a disfrutar de su tiempo libre en día domingo es reconocido, de cierta manera, por nuestros legisladores posteriores a la década del 80. Esto porque las modificaciones realizadas en relación a los descansos de los trabajadores de este sector, han buscado mejorar su situación laboral, al reconocerles el derecho a descansar obligatoriamente algunos domingos al mes.

En este sentido, el profesor Héctor Humeres, refiriéndose a la reforma del año 2001, que aumentó de uno a dos los descansos dominicales mensuales del sector comercio, señaló que:

⁴⁷ ROJAS, I. 1998. El tiempo de trabajo y los descansos. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación dirección del Trabajo (N°6). p. 59.

“En efecto, la complejidad de la vida moderna –sobre todo en las grandes urbes– determina la existencia de facilidades horarias para adquirir bienes en forma amplia, sin restricciones, fenómeno acentuado por la progresiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo; pero no es menos cierto que escindir a un sector de trabajadores del beneficio de disfrutar de su día de descanso semanal en conjunto con su familia, contraría derechos elementales que el legislador debe necesariamente regular”⁴⁸.

En definitiva, las razones para la inclusión del sector comercio en el artículo 38 del Código del Trabajo, obedecen única y exclusivamente a imperativos económicos de la dictadura militar, pues no existen otras razones que justifiquen la excepción. Aún más, se constata que para tomar la decisión de permitir la actividad comercial en día domingo no se consideró la opinión de los trabajadores, pues no existió consulta previa a las organizaciones sindicales, por lo que quienes se desempeñan como dependientes del comercio, hasta el día de hoy tienen un régimen especial de descanso, debido a que su derecho a descanso dominical se inclinó ante la “libre iniciativa privada” y “el mejor aprovechamiento de los recursos”.

⁴⁸ HUMERES, H. 2009. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Tomo I. decimoctava edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 155.

CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.823

2.1 Ámbito personal de aplicación de la Ley N°20.823

2.1.1 Análisis del Dictamen Ordinario N° 4755/58, de 14 de septiembre de 2015

Producto de la modificación introducida por la Ley N° 20.823 al inciso 2ª del Código del Trabajo, su nueva redacción quedó de la siguiente manera:

“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, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria...”.

Mientras que el artículo 38 bis estableció que: “Sin perjuicio de lo señalado en el inciso cuarto del artículo anterior, 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...”.

Ambos preceptos, se remiten al número 7 del artículo 38, el cual señala que se exceptúan del descanso dominical quienes 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”, por lo que pareciera que los beneficiarios de la norma son aquellos trabajadores del comercio que atienden directamente al público. Sin embargo, en las empresas del sector no hubo claridad para otorgar tales beneficios, al punto que se pidió un pronunciamiento oficial a la Dirección del Trabajo, con el objeto que dicha entidad aclarara si los beneficiarios de la Ley N° 20.823 eran todos los dependientes del comercio o bien la norma se aplicaba únicamente a aquellos trabajadores que se desempeñaban en labores de atención directa al público.

La Dirección del Trabajo, mediante el Dictamen Ordinario N° 4755/058, de 14 de septiembre de 2015, fijó el ámbito de aplicación de la ley, concluyendo en aquella oportunidad que los beneficios de la Ley N° 20.823, “resulta(n) aplicable a *todos los trabajadores que se*

*desempeñan en los establecimientos de comercio y de servicios*⁴⁹, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención de público”.

Con esta interpretación de la Dirección del Trabajo un gran porcentaje de quienes se desempeñan en el comercio serán beneficiarios de la Ley N° 20.823, al no distinguir el ente fiscalizador si los trabajadores atienden o no al público. Así, ocurrirán mejoras relevantes en la calidad de vida en los dependientes del sector, quienes tendrán derecho a 31 días domingos de descanso al año, dado que a los 24 que tenían en cada año (2 domingos mensuales) se agregaron 7.

A pesar de lo anterior, la solución adoptada por la Dirección del Trabajo es cuestionable, pues en el análisis realizado por la entidad administrativa para concluir que la Ley N° 20.823 se aplica a todos los trabajadores del comercio, ocurrieron una serie de errores, que me llevan a sostener una posición contraria a la de la Dirección del Trabajo. Esto significa que, a mi juicio, los beneficiarios de la Ley N°20.823 únicamente deben ser los dependientes que atienden directamente al público. Cada uno de los defectos contenidos en el dictamen de la Dirección del Trabajo, los detallaré a continuación.

2.1.1.1 Imprudencia de acudir al elemento histórico de interpretación

La interpretación de normas jurídicas consiste en desentrañar su sentido y alcance. En esta materia, el legislador estableció un sistema de interpretación en el Código Civil, entre los artículos 19 y 24. Dichas normas son aplicación general y fueron utilizadas por el ente fiscalizador en el dictamen antes mencionado.

El primer elemento de interpretación es el literal, el cual se encuentra establecido en el artículo 19, inciso primero. Tal precepto dispone que:

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

⁴⁹ Las cursivas son mías.

Es relevante mencionar esta disposición, debido a que otorga las directrices y los elementos para efectos de realizar correctamente una interpretación. En este sentido, a partir de este precepto y siguiendo a Javier Barrientos “es posible distinguir tres categorías palmariamente diferenciadas: a) sentido de la ley, que puede ser claro u oscuro; b) tenor literal de la ley y c) el espíritu de la ley”⁵⁰. Como explica acertadamente el autor citado, dichas categorías interactúan de diversa manera, puesto que puede darse que el sentido de la ley y el tenor literal sean coincidentes, que el sentido de la ley sea más amplio que el tenor literal o bien que el sentido de la ley sea más restringido que su tenor literal. Por ello, y tomando en cuenta el inciso primero del artículo 19, que consagra el elemento gramatical de interpretación, lo primero que se debe hacer en toda interpretación es *determinar el claro sentido de la norma*⁵¹, pudiendo para ello, utilizar todos los elementos de interpretación que otorga el legislador, pues como señala Carlos Ducci, dicho ejercicio “es imposible hacerlo recurriendo solo a uno de los métodos indicados”⁵².

Es precisamente en este punto, donde se advierte el primer error de la Dirección del Trabajo, ya que dicha entidad omitiendo tal análisis, concluyó de buenas y a primeras que el sentido de la norma no era claro, y decidió acudir al elemento histórico de interpretación. Si bien, señaló como fundamento las controversias existentes al interior de las empresas para aplicar los beneficios de la Ley N° 20.823, lo cierto es que no analizó la relación que tenían ambas cuestiones, sino que de manera silogística concluyó que los problemas de aplicación de la norma, obedecen a que esta es oscura.

La omisión del ente fiscalizador de analizar el sentido de la norma es problemático toda vez que este último es “el que determina la extensión que deba darse al tenor literal”⁵³, y con esto la interpretación a realizar, ya que siendo coincidentes tenor literal y sentido de la ley, se estará frente una interpretación de carácter declarativo, donde no será necesario acudir a elementos interpretativos adicionales al gramatical. En ese sentido, el elemento histórico tiene un carácter supletorio respecto al elemento gramatical, toda vez que Andrés Bello estipuló en el inciso segundo del artículo 19 del Código Civil, que es posible recurrir a la historia legislativa cuando existe una expresión oscura de ley que el elemento gramatical es incapaz de aclarar, hecho que

⁵⁰ Barrientos, J. 2014. Código Civil. Tomo I. Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 92.

⁵¹ Las cursivas son mías.

⁵² DUCCI, C. 1989. Interpretación jurídica. 3era edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 93.

⁵³ BARRIENTOS, J. 2014. Código Civil. Tomo I. Santiago, Chile, Thomson Reuters. p. 92

únicamente es posible constatar mediante un análisis del texto, pues es imposible establecer a priori si una norma es clara o bien contiene expresiones oscuras.

A su vez, la Dirección del trabajo no solo se equivoca en omitir analizar el claro sentido de la norma y en acudir al elemento histórico sin previo análisis, sino que también es contradictoria y errática en los fundamentos que da para acudir a dicho elemento. Y es que si bien, en un pasaje del dictamen la Dirección del Trabajo reconoce al elemento histórico con carácter de subsidiario respecto al elemento gramatical, señalando que “*si el elemento gramatical no basta*”⁵⁴ para dilucidar el sentido de una ley, cabe recurrir al elemento histórico que reconoce nuestra legislación en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil...”, lo cierto es que en párrafos anteriores del mismo dictamen el ente fiscalizador había señalado que el elemento gramatical “*por sí solo carece del poder suficiente*”⁵⁵ para interpretar la norma jurídica, debiendo recurrirse a las otras reglas de interpretación que reconoce nuestra legislación”. Así, observando las letras cursivas, es evidente la contradicción de la Dirección del Trabajo, toda vez que de la última frase en cursiva se obtiene que siempre es posible acudir al elemento histórico, pues el elemento gramatical en todos los casos es insuficiente para interpretar las normas, mientras que de la primera afirmación, al ser formulada de manera condicional con la expresión “no basta”, se infiere que únicamente podrá utilizarse el elemento histórico en aquellos casos donde el elemento gramatical resulte insatisfactorio para la interpretación de normas.

Dicha contradicción debe ser zanjada, desestimando la expresión que afirmó que el elemento gramatical “*por sí solo carece de poder suficiente*”⁵⁶. Y es que considerarla correcta significaría reconocer la inoperancia del elemento gramatical y al mismo tiempo, lo que es más problemático, implicaría que en cualquier caso puede ser utilizado el elemento histórico, en circunstancias que el legislador estableció en el inciso segundo del artículo 19 del Código Civil un ámbito de aplicación acotado a las “expresiones oscuras de ley”. Sin embargo, aun cuando es correcta la tesis que señala que debe aplicarse de manera subsidiaria el elemento histórico, esto no alcanza para concluir que es acertada la decisión de la Dirección del Trabajo de acudir a dicho elemento, pues antes de decidir acudir o no al elemento histórico, debía determinar el claro sentido de la norma.

⁵⁴ Las cursivas son más.

⁵⁵ Las cursivas son más

⁵⁶ Las cursivas son más.

Es por ello, que antes de analizar las conclusiones del dictamen procederé a realizar el análisis omitido por la Dirección del trabajo; esto es: analizar si la Ley N° 20.823 tiene un sentido claro o bien contienen expresiones oscuras. Tal ejercicio, resulta un desafío interesante, ya que, a pesar de que en el artículo 38 los beneficiarios fueron establecidos a través de una expresa remisión al n° 7 del mismo artículo, la aplicación práctica de la norma generó divergencias en las empresas respecto a la extensión de los beneficios. De manera que será necesario establecer si los problemas de aplicación obedecen a defectos de la normativa, o bien se trata de un asunto en que no tiene responsabilidad el legislador.

2.1.1.2 Análisis del sentido de la Ley N° 20.823 en materia de aplicación de beneficios

A los meses de entrada en vigencia de la normativa, trabajadores del sector comercio realizaban una queja formal ante la Dirección del Trabajo, por el hecho que empresas del retail estaban excluyendo a trabajadores del sector de los beneficios de la Ley N° 20.823, por lo que en opinión de la confederación de trabajadores del sector se estaba “*vulnerando el espíritu de la nueva ley*”⁵⁷. Explicaban que existen trabajadores como guardias de seguridad, reponedores y administrativos, que si bien trabajan los domingos, las empresas no les estaban otorgando ni los domingos adicionales, ni el incremento remuneracional, por el hecho de que no realizan funciones de atención de público⁵⁸. Ante esto, surge la necesaria pregunta: ¿tal problemática es un conflicto propiciado por el texto de la Ley N° 20.823?

Responder dicha pregunta de manera afirmativa, significa afirmar que estamos ante una norma cuyo sentido es oscuro, en el sentido que los alcances jurídicos de la misma no son claros, son contradictorios, o bien existe una incongruencia entre el sentido de la ley y el tenor literal, donde uno de los dos abarca más o menos situaciones que el otro.

En este punto, siguiendo al profesor Alessandri⁵⁹, quien aborda la interpretación de ley, es posible afirmar que el sentido de la Ley N° 20.823 es claro, toda vez que el entendimiento de la Ley N° 20.823 no ofrece dudas. Sostengo esto, porque tanto los objetivos de la norma como la extensión de la misma fueron expresamente declarados, y es que junto con señalarse que este

⁵⁷ Las cursivas son mías.

⁵⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2015. Trabajadores del comercio denuncian vulneración a nueva ley de descanso dominical. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-106796.html> [consulta: 21 de julio de 2018].

⁵⁹ TRATADO de derecho civil. 1998. Por Arturo Alessandri “et al”. Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 128.

proyecto buscaba mejorar la calidad de vida de los trabajadores del comercio, mediante el aumento de descansos y remuneraciones, se consagró expresamente en los artículos 38 y 38 bis que los beneficiarios serían los trabajadores del n° 7 del artículo 38 – es decir los que atienden directamente al público- advirtiéndose de esta forma una incuestionable congruencia entre sentido y tenor literal. Así, la Ley N° 20.823 al momento de establecer beneficios da cuenta de una claridad de sentido y de alcance jurídico, que conduce a afirmar que el elemento gramatical es suficiente para interpretar los preceptos, pues siguiendo al profesor Carlos Ducci, “cuando existe claridad de sentido las normas se interpretan en base al elemento gramatical”⁶⁰.

Sumado a lo anterior, la normativa no solo señaló que los beneficiarios serían los trabajadores del n° 7 del artículo 38, sino que también se encargó de establecer en el artículo 38 bis, que los beneficios no aplican “a los trabajadores contratados por un plazo de treinta días o menos, ni a aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos”⁶¹, por lo que no me cabe ninguna duda que los alcances jurídicos son claros, y por lo tanto los problemas de interpretación ocurridos al interior de las empresas no obedecen a errores de técnica legislativa.

2.1.1.3 Aplicación de los beneficios a la generalidad de los trabajadores del comercio: análisis de la historia legislativa

Corresponde ahora criticar las conclusiones de la Dirección del Trabajo que establecieron un aplicación general de los beneficios para los trabajadores del comercio. Este análisis busca dar cuenta, que el dictamen también es errado cuando afirma que la historia legislativa permite sostener que la Ley N° 20.823 buscó beneficiar a la generalidad del sector.

Para la Dirección del Trabajo los beneficios de la ley tienen una aplicación general, puesto que de la observancia de diversos pasajes de las discusiones parlamentarias y de la propia tramitación del proyecto, infiere que el objetivo fue mejorar la situación de los “trabajadores del sector comercio y de servicios”, sin importar si realizaban atención al público o no. Conforme a esto, termina señalando que: “es posible, si se recurre a la interpretación extensiva de la norma,

⁶⁰ DUCCI, C. 1989. Interpretación jurídica. 3era edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 101.

⁶¹ Ley N° 20.823, art 38 bis. Diario Oficial, Santiago, Chile, 7 de abril de 2015.

hacerla aplicable a la totalidad del personal de dichos establecimientos, con prescindencia de la labor que realiza, función o puesto que desarrolla”⁶².

La aplicación extensiva de la norma ocurre porque los artículos 38 inciso 2° y 38 bis se remiten expresamente al número 7 del artículo 38, de modo que en ambas disposiciones existe una clara referencia a los trabajadores del comercio que atienden directamente al público y, en consecuencia, nada se dice respecto a aquellos que no realizan tal función. A propósito de la interpretación extensiva, el profesor Luis Lizama señala que dicha interpretación ha sido empleada por la Dirección del Trabajo en diversos dictámenes como una forma de “resolver analógicamente los vacíos normativos”⁶³, añadiendo que “por esta forma de interpretación legal una norma se aplica a casos no comprendidos en su letra, pero sí en su espíritu, en su intención, en su razón de ser, en la finalidad social a que se dirige”⁶⁴. De ahí que siguiendo al autor citado y observando lo resuelto por el órgano administrativo, es posible concluir que, de ser acertado el dictamen, la interpretación extensiva de la Dirección del Trabajo colmó un vacío normativo, gracias a que el espíritu de la norma buscó beneficiar a todos los trabajadores del comercio, aun cuando en el tenor literal solo se refirió a aquellos que atendían público.

Sin embargo, revisando las discusiones del proyecto, en opinión del suscrito no es posible afirmar-como lo hace el dictamen- que de las discusiones parlamentarias fluya que el espíritu del legislador fue establecer un beneficio para la generalidad del sector. Es más, a mi juicio, existen indicios que permiten arribar a la conclusión opuesta, es decir que la norma fue pensada únicamente para quienes realizan funciones de atención al público. En efecto, en la tramitación del proyecto se advierte que el foco de atención estuvo situado únicamente en los trabajadores del número 7 del artículo 38. En este punto, resulta ejemplificador que al llegar el proyecto de ley al senado para ser discutido, se expone que el objetivo del proyecto es:

“contemplar para los trabajadores del comercio y de servicios que *atiendan directamente al público* siete días domingos de descanso.... y *establecer para estos mismos trabajadores*⁶⁵, un

⁶² Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4755/058, de 14 de septiembre de 2015.

⁶³ LIZAMA, L. 1998. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral Chilena. Santiago, Chile, Fundación Facultad de Derecho, Dirección del Trabajo. p. 77.

⁶⁴ Idem. p.78.

⁶⁵ Las cursivas son mías.

recargo de la remuneración de, al menos un 30% del sueldo convenido respecto a las horas ordinarias trabajadas en días domingo”⁶⁶.

Por lo que en el segundo trámite constitucional de este proyecto, se estipula expresamente que los beneficios van dirigidos a los trabajadores que atienden directamente al público, comprobándose así que esta normativa tuvo por objeto mejorar la vida familiar de los trabajadores que realizan labores de atención de público.

Finalmente, también existen consideraciones lógicas que contribuyen a reafirmar que la preocupación del legislador estuvo situada en el n° 7 del artículo 38. Dichas razones, obedecen a que en el comercio existen trabajadores comprendidos en el artículo 38, pero en números distintos del n° 7, como por ejemplo los trabajadores que realizan labores de aseo y aquellos que se desempeñan como guardias de seguridad dentro de algún establecimiento comercial. Por lo que, para afirmar decididamente- como lo hace la Dirección del Trabajo- que el legislador buscó mejorar la situación laboral de todo el sector sin hacer distinciones, en la Ley N° 20.823 deberíamos encontrar alguna mención a trabajadores de otros numerales del artículo 38. Como tal situación no se constata en la norma, la conclusión lógica es que los beneficios fueron pensados únicamente para los trabajadores del n° 7 del artículo 38.

Interpretar la norma de tal manera, acotando los beneficios a los trabajadores que atienden directamente al público no es un mero capricho, sino que obedece también a razones de certeza jurídica. Y es que resulta necesario aplicar la norma restrictivamente para evitar que esta sea extendida a ámbitos que no fueron previstos por el legislador en el espíritu de la misma. En este punto, es prudente referirse a la consulta efectuada en febrero de 2016 en relación a la aplicación de la ley a los trabajadores encargados del aseo en una panadería de un establecimiento comercial⁶⁷ y la realizada con el mismo objetivo en mayo de aquel año, respecto a los trabajadores de cementerios⁶⁸, toda vez que las dudas nacieron como consecuencia de la interpretación extensiva de la norma, sostenido por la Dirección del Trabajo en el Dictamen n° 4755/058, el cual al fijar el ámbito de aplicación estableció que los beneficios de la Ley N° 20.823 no se encontraban restringidos a los trabajadores del n° 7 del artículo 38.

⁶⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. 2015. Historia de la Ley N° 20.823, segundo trámite constitucional. p. 57.

⁶⁷ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°1015, de 17 de febrero de 2016.

⁶⁸ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°2895, de 31 de mayo de 2016.

Si bien la Dirección del Trabajo, razonó acertadamente en tales pronunciamientos, argumentando que la Ley N° 20.823 no les era aplicable por tratarse de trabajadores que ejecutan labores comprendidas dentro del numeral 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, quienes por tanto “no cumplen una de las condiciones expresamente señaladas en el artículo 38 bis del Código del trabajo, esto es, *encontrarse comprendidos en el N° 7 de la norma legal*”⁶⁹. Lo cierto es que tal postura se apartaba de lo establecido en el primitivo Dictamen n° 4755/058, donde se había sostenido que los beneficios NO se restringían a los trabajadores del número 7 del artículo 38. Con ello revivieron los inconvenientes en la aplicación de la Ley N° 20.823, ya que nuevamente no quedaba claro si la normativa en análisis era aplicable a la generalidad del sector o únicamente aplicaba a los dependientes del número siete del artículo 38, dada las contradicciones de la Dirección del Trabajo.

Ante esto, se hacía necesario un pronunciamiento de la Dirección del Trabajo que unificara la jurisprudencia existente en la materia, en el sentido de establecer de manera fundada que el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.823 estaba acotado a los dependientes del comercio del n° 7 del artículo 38. Sin embargo, hasta la fecha no ha existido dictamen alguno que se pronuncie en tal sentido, es más la entidad administrativa ha seguido dando muestra de las complicaciones que ha tenido a la hora de abordar la normativa, manifestándose precisamente en el sentido contrario; es decir señalando que la norma tiene una aplicación general para el sector comercio. Así, en diciembre del año 2017 resolvió que incluso los beneficios de la Ley N° 20.823 eran aplicables a panaderos de establecimientos comerciales, independientemente que “no realicen labor alguna de atención de público”⁷⁰.

2.1.1.4 Utilización del principio protector y la regla *in dubio pro operario*

Es tiempo de referirse a los otros argumentos problemáticos sostenidos por la Dirección del Trabajo, especialmente los fundamentos constitucionales mencionados por la entidad administrativa, ya que para la Dirección del Trabajo (junto con la discusiones parlamentarias) el artículo 19 n° 16 de la Constitución Política de la República, ofrece razones suficientes para

⁶⁹ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2895, de 31 de mayo de 2016.

⁷⁰ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 6145/145, de 20 de diciembre de 2017.

definitivamente sostener que todos los trabajadores del comercio son beneficiarios de la ley en cuestión.

En este sentido, la Dirección del Trabajo parte señalando que en la disposición constitucional se consagra el principio de no discriminación, que en este caso recibe aplicación por cuanto establecer una diferencia remuneracional entre trabajadores que atienden público y quienes no, significa una distinción arbitraria que carece de justificación razonable, y por lo mismo atentaría contra tal principio. Al mismo tiempo, menciona que una diferencia de este tipo atenta contra otros principios constitucionales como la igualdad ante la ley y la justa retribución.

Luego, prosigue argumentando que el artículo 19 n°16 consagra en su inciso primero el principio protector, del cual deriva la regla de interpretación *in dubio pro operario*⁷¹. En esta parte del dictamen, enuncia que dicho principio de interpretación aplica porque al interpretar extensivamente el inciso segundo del artículo 38 y el artículo 38 bis, la interpretación de la norma resulta más favorable para los trabajadores que no desarrollan labores de atención al público.

Es criticable la tesis de la Dirección del Trabajo en relación al principio protector y la manifestación del principio *in dubio pro operario*, ya que las aseveraciones del órgano administrativo carecen de un desarrollo y fundamento suficiente, lo que se complejiza y vuelve problemático por tratarse de aspectos que no son pacíficos en el ámbito doctrinal. Y es que, entre quienes se han encargado de abordar estos temas, no existe consenso en relación a la consagración del principio protector a nivel constitucional, así como tampoco hay acuerdo unánime en la doctrina sobre los alcances de la utilización del principio *in dubio pro operario* como elemento de interpretación.

En relación al principio protector, se puede decir que este constituye uno de los ejes centrales del derecho del trabajo, toda vez que busca equiparar las relaciones asimétricas que existen en materia laboral, mediante la protección al trabajador, quien constituye la parte más débil de la relación laboral. Conforme a esto, los profesores Sergio Gamonal y Luz Bulnes Aldunate, sostienen que dicho principio tiene consagración constitucional en el artículo 19 n° 16, coincidiendo así con el dictamen de la Dirección del Trabajo. Para estos autores, el precepto

⁷¹ Las cursivas son mías. Se ocuparán a lo largo de este capítulo, dado que la palabra constituye una locución latina.

constitucional al señalar que “la constitución asegura a todas las personas: la libertad de trabajo y su protección” consagra no solo la libertad de trabajo, en un sentido liberal de autonomía, y por tanto de no intervención del Estado, sino que también la Constitución se encarga de proteger el trabajo mismo. Señala Gamonal que:

“La doctrina constitucional Chilena ha sido enfática en el sentido que la garantía de la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N° 16 párrafo primero de la Constitución Política) ampara no solamente la libertad de trabajo sino el trabajo mismo”⁷².

Mientras que para Bulnes Aldunate no es posible “por la simple letra de la norma, interpretarla en el sentido de que se ha eliminado de la Constitución toda protección al trabajo mismo, quedando ésta reducida a la protección de la sola libertad de trabajo”⁷³.

Aun cuando junto a Gamonal y Bulnes Aldunate Gabriela Lanata, Irene Rojas y Luis Lizama, también consideran que el principio protector tiene consagración constitucional, dada la vigencia de este principio y la tutela del trabajador en Chile⁷⁴. Existe otra parte de la doctrina, como es el caso de los profesores Claudio Palavecino y Pedro Irureta, que consideran que al analizar el numeral 16 del artículo 19, debe diferenciarse el derecho al trabajo de la libertad de trabajo, ya que para ellos la Constitución solo protegió la libertad de trabajo, lo que significa que la carta fundamental reconoce “a toda persona el derecho constitucional para buscar, escoger, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir no prohibidos por la ley”⁷⁵, significando esto que en la Constitución la libertad de trabajo aparece como un derecho autónomo y no conexo con el derecho al trabajo. Para estos autores, la preeminencia de la libertad de trabajo se explica por la marcada corriente liberal que inspiró la Constitución de 1980, donde la libertad de trabajo fue el gran bien jurídico a proteger. Por ello, para el profesor Claudio Palavecino:

⁷² GAMONAL, S. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. Santiago, Chile. Estudios Constitucionales Universidad de Talca. p. 434.

⁷³ BULNES, L. La libertad de trabajo y su protección en la constitución de 1980. Citado en: PALAVECINO, C. 2013. La libertad de trabajo y su protección constitucional. Revista Laboral Chilena. p. 79.

⁷⁴ Autores mencionados en: GAMONAL, S. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. Santiago de Chile. Estudios Constitucionales Universidad de Talca. p. 434

⁷⁵ IRURETA, P. 2006. Constitución y orden público laboral, un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena. Santiago, Chile, Colección de investigaciones jurídicas Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado. p. 49.

“El mandato del legislador sería no el de abolir o limitar severamente la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, sino todo lo contrario, el de arbitrar los medios concretos para que la promesa de libertad tenga efectiva vigencia en el plano de la realidad”⁷⁶.

De seguir la doctrina minoritaria de Palavecino e Irureta, lo enunciado por la Dirección del Trabajo carecería de sustento jurídico, porque si excluimos de la Constitución el derecho al trabajo, con mayor razón dejamos fuera de la carta fundamental el principio protector. Y es que este último tiene una vinculación fundamental con el Derecho del Trabajo, ya que, como fue mencionado en líneas anteriores, busca al igual que esta rama del derecho equiparar las relaciones asimétricas que existen en materia laboral entre empleador y trabajador, en el sentido de aminorar la desfavorecida posición en la que se encuentra el segundo frente al primero.

En definitiva, la posición de la Dirección del Trabajo en relación al principio protector tiene cabida solo en parte de la doctrina nacional, lo que da cuenta que se trata de una materia opinable y en consecuencia no resuelta del todo. Si bien, la doctrina mayoritaria se encuentra respaldada por los actuales fallos emanados de los tribunales de justicia, que reconocen la consagración constitucional del principio protector, estimo que sostener decididamente que el principio protector tiene consagración constitucional, en un dictamen, que tiene como fin “motivar la aplicación uniforme y coherente de la ley por parte de los funcionarios de la Institución y orientar a los usuarios del Servicio en la correcta interpretación de la norma laboral”⁷⁷ parece contraintuitivo, más aún si se considera que, como lo señala acertadamente el profesor Luis Lizama:

“La Dirección del Trabajo a través de los dictámenes que emite en el ejercicio de su facultad interpretativa no sólo se limita a fijar el sentido y alcance de una determinada disposición legal, sino que también reformula el derecho laboral vigente, integra vacíos normativos, resuelve antinomias de normas y genera nuevas formas de argumentación jurídica, produciéndose en el desarrollo de estas tareas una función prescriptiva”⁷⁸.

En lo que respecta al principio *in dubio pro operario*, cabe enunciar antes que todo que es una manifestación del principio protector, y que dentro de su ámbito de aplicación se encuentra

⁷⁶ PALAVECINO, C. 2013. La libertad de trabajo y su protección constitucional. Revista Laboral Chilena. p. 81.

⁷⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2015. Dictámenes. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyvalue-22762.html> [consulta: 7 de noviembre de 2016].

⁷⁸ LIZAMA, L. 1998. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral Chilena. Santiago, Chile, Fundación facultad de Derecho, Dirección del Trabajo. p. 66.

la interpretación de normas. En este aspecto, significa que “el juez, entre varios sentidos posibles debe preferir aquel que sea más favorable al trabajador”⁷⁹. Es importante también mencionar que este principio en la doctrina internacional es reconocido como elemento de interpretación, pero con un campo de aplicación limitado, así: Palomeque y Álvarez lo conciben como un *método último de interpretación*⁸⁰ y del cual no cabe atribuir a una norma que de por sí es tuitiva del trabajador, un sentido o alcance más amplio que tuvo en vista el legislador al dictarla. Por lo que el juez no podría legítimamente extender su aplicación a situaciones no previstas para así crear un derecho aún más protector⁸¹. En un plano similar se sitúa Luis Enrique De la Villa, quien caracteriza el principio señalando que

“Lo normal, sin embargo, no es atribuir un carácter tuitivo autónomo al principio, sino derivarlo del carácter tuitivo de la norma laboral: como ésta tiene la finalidad de proteger al trabajador, en caso de duda sobre dos o más sentidos de la misma debe ser preferido aquel que resulte más favorable al trabajador”⁸².

Por su parte, en el ámbito nacional la doctrina mayoritaria coincide con los autores internacionales, por cuanto sostiene que la aplicación de este principio no puede ser utilizado para integrar lagunas legales, ya que los jueces no pueden recurrir a él para “mejorar los preceptos existentes”⁸³. Al mismo tiempo, se enuncia que al aplicarse como criterio de interpretación debe preferirse la interpretación que refleje el “espíritu de la ley”⁸⁴.

Teniendo a la vista las prevenciones realizadas por la doctrina nacional e internacional, es prudente referirse a la utilización del principio *in dubio pro operario* en el dictamen, con el objetivo de establecer si lo enunciado por la Dirección del Trabajo se ajusta a las consideraciones doctrinales.

⁷⁹ MUNITA, E. 2014. El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (10). p. 90.

⁸⁰ La cursivas son mías

⁸¹ MUNITA, E. 2014. El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (10). p. 88.

⁸² DE LA VILLA, L.E, y LÓPEZ, L. 2003. Los principios del Derecho del Trabajo. Madrid, Centro de estudios financieros. p. 95.

⁸³ GAETE, A. 1996. Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. T. I. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile. p. 54. Citado en: MUNITA, E. 2014. El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (10). p. 90.

⁸⁴ Pensamiento de Thayer y Novoa, mencionado en la obra de: MUNITA, E. 2014. El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (10). p. 90.

Al observar el dictamen se advierte que el principio *in dubio pro operario* fue utilizado como elemento último de interpretación, por lo que se ajusta a lo prevenido por Palomeque y Alvarez. Sin embargo, lo positivo de coincidir con la doctrina internacional ocurre solo en el análisis particular del principio, ya que su utilización revela al mismo tiempo las falencias de la argumentación de la Dirección del Trabajo, en relación a la historia de la ley. Es decir, al aplicar tal principio como elemento de última ratio, corroboro que la historia legislativa fue incapaz de sostener por si sola la argumentación de que los beneficios aplican de un modo general, lo cual implica una ratificación de lo sostenido en párrafos anteriores, donde afirmé que las discusiones y actas parlamentarias no daban cuenta que el espíritu del legislador haya sido consagrar de forma general los beneficios de la Ley N° 20.823.

A fin de cuentas, la Dirección del Trabajo utiliza el principio *in dubio pro operario* para integrar las lagunas de esta ley. Esto porque dicha norma no contempló a los trabajadores del comercio que no atienden público, por lo que la entidad administrativa, a través de la interpretación del precepto buscó modificar la normativa que estipuló los beneficios. Este hecho significa un nuevo desacierto del dictamen, puesto que en contra de lo señalado por la doctrina nacional e internacional, la Dirección del Trabajo busca mejorar un precepto existente y extender la aplicación de la norma a situaciones no previstas por ella, para crear un derecho aún más protector, lo que es criticable, ya que en ausencia de una norma directamente aplicable, como lo señala el profesor Luis Enrique de la Villa: "no puede manifestarse una voluntad de protección, porque en el vacío no hay voluntad. No se ha encargado al juez social la tarea de integrar el ordenamiento laboral dictando normas alternativas favorables al trabajador"⁸⁵.

En todo caso, hay que tener presente que la utilización del principio *in dubio pro operario* como método para colmar vacíos legales, no es un aspecto único de este dictamen. Por el contrario, en diversos pronunciamientos de la Dirección del Trabajo es posible constatar la referencia a este principio para integrar lagunas. No por nada, ya en el año 1998 el profesor Luis Lizama describía las dificultades de la utilización del principio por la Dirección del Trabajo señalando que:

"En los dictámenes es posible encontrar algunos que justifican su decisión con el principio *in dubio pro operario*. A este se le asigna una función interpretativa que hace posible optar entre

⁸⁵ DE LA VILLA, L.E, y LÓPEZ, L. 2003. Los principios del Derecho del Trabajo. Madrid, Centro de estudios financieros. p. 94.

dos significados de la norma jurídica, por aquella más favorable al trabajador. Sin embargo, en mi opinión, en estos dictámenes los principios no juegan una función interpretativa sino que integradora del derecho”⁸⁶.

De manera que siguiendo al autor mencionado, el dictamen en análisis no es sino un pronunciamiento más donde el principio *in dubio pro operario* es más bien utilizado como elemento integrador del derecho, que como elemento de interpretación.

En definitiva, y más allá de todas las deficiencias advertidas en el dictamen, donde se omitió analizar el sentido de la ley, se acudió erróneamente a la historia legislativa, se realizó una interpretación extensiva en dicha historia y se dieron fundamentos constitucionales equívocos, la relevancia de este pronunciamiento radica en que cumplió la función de extender el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.823 hacia todos los trabajadores del comercio, sin ser relevante si no realizan funciones de atención de público. Así, teniendo como antecedente este pronunciamiento, en marzo⁸⁷ de 2016 la entidad estableció que los beneficios de la norma aplicaban también a los trabajadores de Call Center que se desempeñaban en un establecimiento comercial, autorizando incluso a las empresas a modificar los contratos respectivos en el sentido de señalar en estos que las funciones de aquellos trabajadores se encuadrarían dentro del n° 7 del artículo 38, aun cuando ya habían sido contratados bajo el n° 2 del mismo artículo.

Asimismo, haciendo eco de lo señalado por la entidad administrativa, los tribunales superiores de justicia se han pronunciado en el mismo sentido. A modo de ejemplo, vale la pena mencionar el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, que sostuvo que los beneficios de la Ley N° 20.823, incluso aplicaban a los reponedores de supermercados⁸⁸, independientemente que su función no se vinculara directamente con la atención de público, pues en opinión del tribunal no resultaba adecuado hacer la distinción entre trabajadores que atendían público y quienes no, siendo que ambos desarrollaron funciones en día domingo. Decisión, a mi juicio, equivoca, ya que si bien coincide con el dictamen en análisis, se aparta totalmente del texto de la Ley N° 20.823.

⁸⁶ LIZAMA, L. 1998. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral Chilena. Santiago de Chile. Fundación facultad de Derecho, Dirección del Trabajo. p. 83.

⁸⁷ Dirección del Trabajo. Dictámenes Ordinario N° 1228 y 1268, de 2 y 4 de marzo de 2016, respectivamente.

⁸⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 53/2017, de 13 de marzo de 2017.

2.1.2 Incremento remuneracional y trabajadores de jornada parcial

La Dirección del Trabajo también se refirió a la situación de los trabajadores contratados bajo régimen de jornada parcial. En esta materia aclaró si el incremento remuneracional aplicaba respecto a los trabajadores que laboraban sujetos a aquella jornada. La aclaración tuvo que hacerse, porque la ley no hacía mención alguna sobre este aspecto.

La Dirección del Trabajo, mediante Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015, estableció que el beneficio del incremento remuneracional aplicaba también para los trabajadores contratados en régimen de jornada parcial. Los argumentos dados apuntan al tenor literal del inciso 2° del artículo 38, porque en tal precepto si bien no se hizo mención a los trabajadores de jornada parcial, tampoco se les excluyó expresamente. De manera que, para la Dirección del Trabajo del análisis de tal norma y del artículo 40 bis⁸⁹, se desprendería que los trabajadores de jornada parcial deben beneficiarse con la Ley N° 20.823. Lo estipulado en dicho dictamen fue reafirmado en febrero de 2016, donde la Dirección del Trabajo pronunciándose sobre si se aplicaba el beneficio respecto de trabajadores que tenían distribuida su jornada de trabajo en menos de 5 días, hizo mención al referido dictamen del año 2015, y citando pasajes del primitivo dictamen llegó a la conclusión de que para los “trabajadores contratados en régimen de jornada parcial distribuida en menos de 5 días a la semana, en virtud de los efectos de la ley N° 20.823, procede el pago del incremento remuneracional por desempeño en día domingo, consagrado en el artículo 38 inciso 2° del Código del Trabajo”⁹⁰.

En este punto, coincido con lo señalado por la Dirección del Trabajo, por cuanto considero que la solución dada por dicha entidad es la correcta. No obstante, me parece que la argumentación sostenida en el dictamen no es la más adecuada. Ello porque existe otro argumento más consistente para afirmar que los beneficios aplican para los trabajadores de jornada parcial, y que fue omitido por la Dirección del Trabajo. Tal argumento es la historia legislativa, dado que en esta última es posible advertir que dentro de los objetivos de la ley, estuvo no establecer diferencias arbitrarias entre trabajadores de jornada parcial y trabajadores de tiempo completo. De esto da cuenta un pasaje de la historia parlamentaria, que señala que:

⁸⁹ Artículo 40 bis: Los trabajadores a tiempo parcial gozarán de todos los demás derechos que contempla este Código para los trabajadores a tiempo completo,

⁹⁰ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 854, de 8 de febrero de 2016.

“Asimismo, la indicación aprobada por 11 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención se hace cargo especialmente de uno de los objetivos perseguidos por la moción que se sustituye, en orden a diferenciar la compensación remuneracional del día domingo con respecto de cualquier otro día de la semana, estableciendo un recargo de 30 por ciento del valor de la hora trabajada en estos días, *sin distinción si se trata de trabajadores contratados por jornadas completas o reducidas* ⁹¹ ⁹².

En definitiva, y más allá del reparo antes descrito. Lo cierto es que el beneficio remuneracional contemplado en el inciso 2º del artículo 38 del Código del Trabajo, favorecerá a todos aquellos trabajadores del comercio que presten servicios en día domingo, sin importar si realizan labores de atención de público o no y aun cuando lo hagan en régimen de jornada parcial.

2.1.3 Requisitos especiales para el otorgamiento de los siete domingos adicionales de descanso

En materia de descansos el legislador restringió su ámbito de aplicación, al contemplar requisitos adicionales para su procedencia. Tales requisitos fueron establecidos en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, que son:

1. Trabajar en el comercio o servicios, en una jornada de trabajo superior a las 20 horas semanales.
2. Tener contrato de trabajo superior a 30 días.
3. Trabajar en una jornada que comprenda los días hábiles de la semana.
4. Completar un año de trabajo.

Respecto al primer requisito surgieron dudas en la aplicación de los 7 domingos (libres) para los trabajadores en régimen de jornada parcial. Ante ello, la Dirección del Trabajo indicó que las excepciones fueron contempladas expresamente por el legislador, y por tanto, salvo los trabajadores que tienen una jornada semanal menor a 20 horas semanales, “todos los otros trabajadores están afectos al otorgamiento del beneficio, independiente de si su jornada es

⁹¹ Las cursivas son más.

⁹² Biblioteca del Congreso Nacional. 2015. Historia de la Ley N° 20.823, segundo trámite constitucional. p. 45.

completa, parcial o pactada entre las 20 y las 45 horas semanales”⁹³. De esta manera, la afirmación de la entidad administrativa coincide con la historia de la Ley N° 20.823, que buscó eliminar diferencias arbitrarias entre los trabajadores en régimen de jornada parcial y los trabajadores de tiempo completo.

En relación al segundo requisito, fue establecido que el beneficio de los descansos adicionales en día domingo, “por expresa disposición legal, no resulta aplicable respecto de aquellos dependientes contratados por un plazo de treinta días o menos”⁹⁴.

Respecto al tercer requisito, señalé que la jornada laboral debe contemplar necesariamente días hábiles de la semana. Dicha exigencia fluye del inciso 2° del artículo 38 bis que estipuló que la norma no aplica cuando se trata de trabajadores contratados para trabajar exclusivamente en días sábado, domingo y festivos, y se encuentra justificada por el espíritu de la norma, ya que este fue beneficiar a los trabajadores del comercio, para que logran una mejor compatibilización entre su vida familiar y laboral, dado lo difícil que resulta trabajar en un día que para la generalidad de los trabajadores es de descanso. En razón de esto, si la norma permitiese gozar de los beneficios a quienes deciden trabajar solo aquellos días, la ley perdería todo el sentido que le dio origen, ya que aquellos trabajadores optaron libre y voluntariamente por trabajar en dichos días. Con todo, para gozar del beneficio no es necesario que la jornada laboral comprenda todos los días hábiles de la semana, pues basta con alcanzar las 20 horas semanales.

En materia del cuarto requisito, existieron dudas sobre la forma de computar la anualidad. Para acasar dicho punto, la Dirección del Trabajo⁹⁵ mencionó que era necesario distinguir entre: a) Trabajadores contratados antes de la entrada en vigencia de la ley; y b) Trabajadores contratados con posterioridad a la entrada en vigencia. Esto porque a los trabajadores con relación laboral vigente al momento de la entrada en vigor de la ley, como la normativa comenzó a regir desde el 7 de abril de 2015, la anualidad termina el 6 de abril de 2016. Por su parte, en caso de trabajadores contratados con posterioridad a su entrada en vigencia, la anualidad estará determinada por la fecha en que se le contrató⁹⁶. Sin perjuicio de esto, la Dirección del trabajo

⁹³ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 6340, de 2 de diciembre de 2015.

⁹⁴ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1921/033, de 20 de abril de 2015.

⁹⁵ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 854, de 8 de febrero de 2016.

⁹⁶ Esta distinción entre trabajadores contratados antes de la entrada en vigencia de la Ley y después de su entrada en vigencia, ya había sido sostenida en Dictamen Ordinario N° 1921/033, de 20 de abril de 2015. Se cita el dictamen de febrero por ser más reciente.

señaló que los trabajadores individualmente o a través de sus organizaciones sindicales, podían pactar con el empleador que la anualidad se ajuste al año calendario.

2.2 Ámbito temporal de aplicación de la Ley N° 20.823

El ámbito temporal de la ley fue fijado en el Dictamen Ordinario N° 1921/023, de la Dirección del Trabajo. En dicho pronunciamiento fue establecido que:

“Conforme lo establecido en los artículos 6 y 7 del Código Civil, la ley resulta obligatoria a partir del día 7 de abril de 2015, por ser esta la oportunidad de su inserción en el Diario Oficial, sin que el mismo cuerpo normativo haya alterado a través de sus disposiciones, el momento de su entrada en vigencia”.

En el mismo sentido, señaló que los efectos de la ley respecto a remuneraciones y distribución de la jornada laboral operan desde aquel día, puesto que por el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 9° del Código Civil, esta solo puede disponer para el futuro.

CAPÍTULO III: EFECTOS DE LA LEY N° 20.823

3.1 Modificación de la jornada ordinaria de trabajo de los trabajadores del comercio, para efectos de cumplir con la Ley N° 20.823

3.1.1 Posturas contradictorias emanadas de los dictámenes de la Dirección del Trabajo

El beneficio consistente en que los trabajadores del comercio tendrán siete domingos adicionales de descanso durante cada año de vigencia del contrato, no fue de fácil implementación en las empresas del sector. Las dificultades de su aplicación sobrevinieron porque la modificación legislativa no implicó cambios en las cuarenta y cinco horas de trabajo semanal, ya que conforme lo aclaró la Dirección del Trabajo en los dictámenes 5733/066 del 6 de noviembre de 2015 y 2431 del 4 de mayo de 2016 la Ley N° 20.823 no aumentaba los días de descansos de los trabajadores del comercio, sino que únicamente obligaba a las empresas del sector a otorgar tales días de descanso en días domingos, a lo menos en siete oportunidades durante cada año de vigencia del contrato. En este sentido, se hablaba de descansos “adicionales”, porque aumentaba los días domingos de descansos a los que tenían derecho antes de la entrada en vigencia de la norma, y no por que durante cada semana se aumentarían los descansos. Ya que, conforme lo sostuvo acertadamente el segundo juzgado de letras del trabajo de Santiago “la ley 20.823 no otorga días de descanso adicionales, sino que sólo hace recaer en domingo siete descansos más que los dos que ya obligatoriamente establecía la normativa”⁹⁷.

Producto de esto, las empresas se vieron obligadas a realizar modificaciones en la jornada de trabajo de cada dependiente, para efectos de cumplir con la ley. Puesto que, se debía lograr aumentar los descansos de cada trabajador, sin sacrificar la cantidad de horas semanales de trabajo. Tales adecuaciones, significaron variaciones en los turnos de trabajo de los dependientes, pues esta es la modalidad de trabajo empleada en el sector comercio, donde conforme lo previene Luis Lizama, significa que:

“Los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, conforme a un cierto orden que puede ser continuo o discontinuo, de modo tal que el dependiente debe prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días, semanas o meses”⁹⁸.

⁹⁷ 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Rol N° T-539-2016, de 7 de marzo de 2017.

⁹⁸ LIZAMA, L. 2003. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, Lexis Nexis. p. 102.

Por lo tanto, si antes en un mes calendario los dependientes “trabajaban 45 horas semanales, en tres semanas distribuidas en seis días (6 x 1) y con una semana bajo turno 5 x 2”, a partir de la Ley N° 20.823 el trabajo fue distribuido “en dos semanas en un turno 5 x 2 y dos semanas 6 x1, por lo que se agregó una semana donde pasaron a trabajar de 7,5 horas a 9 horas”⁹⁹.

Este escenario de cambios en la jornada repercutió en controversias al interior de las empresas, donde los trabajadores estimaron que se trataba de una decisión que requería de un acuerdo de cada trabajador con su empleador, por tratarse de una modificación en el contrato de trabajo, mientras que los empleadores sostuvieron que se trataba de un asunto que les competía exclusivamente a ellos, debido a su potestad para organizar y dirigir la empresa.

Con el objeto de zanjar dudas, la Dirección del Trabajo el 6 de mayo de 2015, mediante el Dictamen Ordinario N° 2205/37, se pronunció al respecto. En efecto sostuvo que es el empleador quien debe realizar las modificaciones de jornada para adecuarse a los cambios introducidos por la Ley N° 20.823. La argumentación se funda en que es el empleador, en virtud del poder de dirección, quien tiene la organización funcional de la empresa, y por consiguiente a él le corresponde modificar la distribución de la jornada de trabajo, para efectos de que sus trabajadores gocen de los 7 domingos adicionales de descanso. De todas maneras, no se negó a la posibilidad que las nuevas jornadas de trabajo fueran fruto de un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajadores, ya sea de forma individual o colectiva. Precizando, eso sí, que en caso de acuerdos colectivos “el consenso solo afectará a los trabajadores afiliados a la entidad sindical con la cual se acuerde la distribución”¹⁰⁰.

Un mes más tarde, el 9 de junio, la Dirección del Trabajo a través del Dictamen Ordinario N° 2837/ 041 se manifestó en un sentido totalmente opuesto, sosteniendo ahora que no era posible modificar de forma unilateral el sistema de turnos, dado que la distribución de la jornada de trabajo, conforme al artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, es una cláusula fundamental del contrato de trabajo, y por lo mismo su modificación requiere un acuerdo de voluntades. Si bien este dictamen quedó sin efecto en agosto del mismo año, por haber sido firmado por el Director del Trabajo subrogante, en circunstancias que la potestad de emitir dictámenes es una atribución

⁹⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena. Rol N° 29-106, de 25 de Mayo de 2016. Considerando primero.

¹⁰⁰ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015.

exclusiva del Director del Trabajo titular¹⁰¹, lo cierto es que la Dirección del Trabajo insistió en que no era factible modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo a través de los dictámenes N° 5973/073 y N° 961/18, emitidos en noviembre de aquel año y en febrero de 2016 respectivamente.

Así las cosas, es innegable que existen posturas contradictorias emanadas de los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Fundándose cada una de ellas en: (1) el poder de dirección del empresario por un lado, y por el otro (2) en que la distribución de la jornada de trabajo es una cláusula necesaria del contrato de trabajo, que requiere para ser modificada de un acuerdo entre las partes.

En razón de lo anterior, para resolver acertadamente la controversia resulta imprescindible referirse primero a si la duración y distribución de la jornada de trabajo es una cláusula necesaria del contrato de trabajo. Porque de obtener una respuesta afirmativa, se debe revisar la forma en que en nuestro ordenamiento jurídico laboral conviven tales cláusulas con los poderes de dirección del empresario, cuando se trata de trabajadores cuya jornada laboral está sometida a un sistema de turnos.

3.1.2 Fijación de turnos en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa

Las cláusulas fundamentales del contrato de trabajo se encuentran establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo. Disposición, que otorga tal carácter a, entre otras, la individualización de las partes, la determinación de la naturaleza de los servicios, y en lo que a esta investigación interesa, la duración y distribución de la jornada de trabajo. La doctrina al analizar estas cláusulas coincide en conceptualizarlas a partir de su carácter imperativo, en el sentido de que por expreso mandato legal son imprescindibles en todo contrato de trabajo. Así, para Héctor Humeres tales cláusulas son aquellas que no pueden faltar en todo contrato, ya que son impuestas por el legislador ¹⁰², mientras que para la abogada Katy Romanik Fonseca y para la profesora Irene Rojas Miño¹⁰³ se trata de “estipulaciones mínimas que es necesario incorporar en cada contrato de trabajo”. Con ello, la Dirección del Trabajo, es acertada al señalar que la

¹⁰¹ Al respecto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 58766-2015, de 26 de noviembre de 2015, sostuvo que: “en el dictamen N° 2837/041 no se observaron los requisitos de forma que impone el ordenamiento jurídico”.

¹⁰² HUMERES, H. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, decimoctava edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 120.

¹⁰³ ROJAS, I. 2015. Derecho del Trabajo: Derecho individual del trabajo. Santiago, Chile, Thomson Reuters. p. 36

duración y distribución de la jornada de trabajo, constituye una de estas cláusulas, ya que expresamente el legislador en el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo exigió que el contrato de trabajo debe contener- a lo menos- la duración y distribución de la jornada de trabajo.

Ahora bien, la necesidad de estipular tal cláusula en el contrato de trabajo no es argumento válido para negar la modificación unilateral de la jornada de trabajo. Esto porque, el mismo artículo señalado menciona que cuando en la empresa existiere un sistema de trabajo por turnos se estará a lo dispuesto en el reglamento interno¹⁰⁴. Así, es el propio Código del Trabajo quien soluciona la antinomia de la Dirección del Trabajo, ya que señala que cuando se trabaja por turnos, la cláusula de “duración y distribución de la jornada de trabajo”, no debe ser escriturada en los contratos individuales de trabajo, sino que corresponde incorporarla en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa. En este punto, coincido con lo reseñado por los profesores Thayer y Novoa¹⁰⁵, quienes analizando la escrituración de jornada en el reglamento interno, sostienen que ello se justifica en la imposibilidad de celebrar con cada trabajador un contrato con tales estipulaciones, por lo que el reglamento entra a señalarles a todos las condiciones comunes.

Conforme con lo anterior, la tesis de la Dirección del Trabajo, sostenida en los dictámenes N° 3996/52, N° 5973/073 y N° 961/18, en relación a la exigencia de un acuerdo para la modificación de la malla de turnos, por tratarse de una cláusula fundamental del contrato de trabajo, debe ser desestimada. Y es que, tal postura envuelve en sí misma una contradicción, ya que la entidad administrativa aborda la modificación en los turnos de trabajo, a partir de las estipulaciones en los contratos individuales de trabajo, en circunstancias que un razonamiento acertado debe versar sobre la naturaleza jurídica del Reglamento Interno, pues es este el principal instrumento en materia de jornada de trabajo cuando se trabaja por turnos.

De manera que, para ser consecuente con lo expuesto, en las líneas siguientes daré una solución a la controversia acerca de la modificación en la jornada de trabajo. Centrando el análisis en la regulación legal, doctrinal y jurisprudencial del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (ROHS).

¹⁰⁴ Código del Trabajo. 2003. Artículo 10 N° 5.

¹⁰⁵ THAYER, W. y NOVOA, P. 2015. Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo (cont. Del Tomo III y Derecho Procesal de Trabajo, Tomo IV, sexta edición actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 160

3.1.3 El Reglamento Interno como manifestación de los poderes de dirección del empleador

El legislador reguló el Reglamento Interno entre los artículos 153 y 157 del Código del Trabajo. A partir de esta regulación, Thayer y Novoa, lo caracterizan como “un *acto jurídico unilateral*¹⁰⁶ del empresario, quien en uso de su facultad de mando y dirección, regula la organización y realización del trabajo en la empresa”¹⁰⁷. Conceptualizar el Reglamento Interno como un acto jurídico unilateral, tiene como consecuencia práctica que las estipulaciones de este cuerpo normativo producen plenos efectos jurídicos sin necesidad de la aprobación de los trabajadores. Esto ocurre, porque acudiendo a la conceptos generales de Derecho Civil, los actos unilaterales se caracterizan porque “para nacer a la vida jurídica requieren solamente la manifestación de voluntad de una parte”¹⁰⁸, es decir en este caso, únicamente necesitan la manifestación de voluntad del empleador. La justificación de esto, siguiendo a los profesores Christian Melis y Felipe Saéz, se encuentra en los poderes de dirección del empleador. Y es que coincidiendo con ellos, tales poderes caracterizan la posición jerárquica del empleador en la relación laboral, siendo relevantes puesto que no solo le permiten dirigir la empresa, sino que también reglamentar, imponer disciplina y orden dentro de la misma¹⁰⁹. Postura que es compartida por la Dirección del Trabajo, por cuanto tal entidad administrativa sostuvo en su oportunidad:

“... De acuerdo a la legislación laboral vigente la *dictación de dicho reglamento es una atribución propia del empleador, como manifestación de su facultad de mando, administración y dirección de la empresa*¹¹⁰, que la legislación le reconoce, razón por la cual no se encuentra obligado a requerir o aceptar las modificaciones a su texto que le propongan los trabajadores en su proceso de elaboración, o posteriormente, a menos que se trate en observaciones basadas en la ilegalidad de las normas del reglamento”¹¹¹.

¹⁰⁶ Las cursivas son mías.

¹⁰⁷ THAYER, W. y NOVOA, P. 2015. Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo (cont. Del Tomo III y Derecho Procesal de Trabajo, Tomo IV, sexta edición actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 159.

¹⁰⁸ VIAL, V. 2007. Teoría general del acto jurídico, quinta edición actualizada y aumentada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 37.

¹⁰⁹ MELIS, C. y SAÉZ, F. citado en: GODOY, S. y GONZÁLEZ M. 2011. El reglamento interno de Orden, Higiene y Seguridad, como instrumento protector de los derechos fundamentales del trabajador. Memoria para Optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p. 82.

¹¹⁰ Las cursivas son mías.

¹¹¹ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5.586/331, de 11 de octubre de 1999.

Finalmente, existiendo consenso en la naturaleza jurídica del reglamento interno, y en el origen de este en los poderes de dirección del empleador¹¹², queda únicamente por resolver si tales poderes permiten incluso modificar unilateralmente las estipulaciones sobre jornada de trabajo contenidas en el reglamento interno.

3.1.4 Conclusión: el empleador es quien debe modificar el Reglamento Interno para efectos de cumplir con la Ley N° 20.823

En materia de modificaciones al reglamento interno, el legislador en el artículo 156 estableció que:

“Los reglamentos internos y sus modificaciones deberán ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de la fecha en que comiencen a regir, y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Deberá también entregarse una copia a los sindicatos, al delegado del personal y a los Comités Paritarios existentes en la empresa. Además, el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga en un texto el reglamento interno de la empresa y el reglamento a que se refiere la Ley N° 16.744”.

De la lectura del artículo 156 obtengo que el legislador estipuló el cumplimiento de una serie de medidas cuando se trata de modificaciones a este cuerpo normativo. Particularmente en relación a los trabajadores exigió: (1) dar a conocer las modificaciones con 30 días de anticipación a la fecha que comenzarán a regir y (2) la entrega gratuita de un ejemplar impreso del texto del reglamento interno. Ahora bien, en mi opinión, estas exigencias constituyen únicamente medidas de publicidad, y en ningún caso deben ser entendidas como requerimientos que buscan un acuerdo de voluntades entre ambas partes de la relación laboral.

Fundo mi posición en que el artículo 156 exige únicamente una conducta activa de parte del empleador en materia de modificaciones, pero nada exige de los trabajadores. Cuestión que, al ser analizada con otras disposiciones del Código del Trabajo, adquiere relevancia, ya que en aquellos actos donde el legislador reguló un acuerdo de voluntades, estableció una conducta

¹¹² La doctrina caracteriza estos como: “el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”. [MONTROYA, A. 1965, El poder de dirección del empresario, Madrid. Instituto de Estudios Políticos. citado en: FERNANDEZ, R. 2016. El poder disciplinario del Empleador. Santiago, Chile, Thomson Reuters. p. 42.]

activa de ambas partes de la relación laboral. Así, al normar el Contrato de Trabajo, consagró que tanto las estipulaciones iniciales de este como las modificaciones al mismo deben ser firmadas por empleador y trabajador; asimismo en materia de contrato colectivo de trabajo dispuso que para su validez es menester que este sea firmado por el empleador y el sindicato respectivo. De esta manera, analizando sistemáticamente el Código del Trabajo, en contratos individuales y colectivos de trabajo, la firma de los intervinientes dará cuenta que se alcanzó un pleno acuerdo en las cláusulas de los respectivos contratos, por lo que la existencia de estas tendrá como antecedente necesario el acuerdo de las partes.

En el mismo plano de lo enunciado, se sitúan los profesores Cristian Melis y Felipe Saéz, quienes afirman que las exigencias del artículo 156, constituyen únicamente medidas de notificación y publicidad. Asimismo, la jurisprudencia nacional, junto con coincidir con estos autores¹¹³, añade que la puesta en conocimiento de las modificaciones tiene un objetivo distinto al de alcanzar un acuerdo, y este consiste en que : “los trabajadores, los sindicatos, el delegado del personal o las autoridades del trabajo y de salud puedan efectuar reparos u objeciones de legalidad”¹¹⁴, ya que, si bien las modificaciones se justifican por el poder de dirección del empleador, estas en ningún caso pueden ser transgresoras de los derechos de los trabajadores.

Sin perjuicio de que el análisis precedente me lleva a sostener decididamente que es el empleador quién debe realizar las modificaciones a la jornada de trabajo, estableciendo los cambios necesarios en el Reglamento Interno, y por consiguiente, es él quien debe hacer las adecuaciones en la jornada de trabajo para así cumplir con los 7 domingos adicionales de descanso contemplados por la Ley N° 20.823, queda aún por resolver sí en esta última se estableció alguna disposición especial en materia de modificaciones de jornada, que pugne o altere lo dispuesto en el artículo 156.

En relación a esto, cabe sostener que la Ley N° 20.823 no se aparta de lo establecido en el Código del trabajo en materia de modificaciones al Reglamento Interno. Los argumentos para sostener aquello se encuentran: (1) en el mensaje de la norma y (2) el tenor literal del artículo 38 bis. Cada uno de estos, los paso a explicar a continuación.

¹¹³ Véase en tal sentido: Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 116-2016, de 12 de mayo de 2016. Considerando octavo.

¹¹⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena. Rol N° 6-2016, de 14 de Abril de 2016. Considerando noveno.

En relación al primer argumento, conviene afirmar que este viene dado por el hecho que en el mensaje de la norma se le otorgó plena validez al poder de dirección del empleador, y por lo mismo se consagró que este mismo será el encargado de organizar la jornada de trabajo de sus dependientes. En efecto, se sostuvo que:

“La presente propuesta construye un nuevo sistema de compensaciones para estos casos, a la vez que *permite al empleador una mayor flexibilidad en la organización de la jornada de trabajo*¹¹⁵”¹¹⁶.

En relación al segundo argumento, el tenor literal del artículo 38 bis, también permite concluir lo mismo, ya que en este no se contempló un acuerdo para otorgar los 7 domingos adicionales de descanso. Cuestión relevante, si se toma en cuenta que en caso de que los trabajadores quisieran cambiar 3 de esos 7 domingos por días sábados de descanso- siempre que se otorgaran conjuntamente con un día domingo de descanso- el legislador exigió un acuerdo escrito entre empleador y los trabajadores. De manera que, en los casos que se desee utilizar únicamente los 7 domingos de descanso, no debe mediar acuerdo entre las partes. Resultando concordante esto con la excepción establecida en el artículo 10 n° 5 del Código del Trabajo y al mismo tiempo con el artículo 156 del mismo cuerpo normativo. En razón de aquello, el intérprete no tiene más opción que, valga la redundancia, interpretar la norma del 38 bis sin exigir el consentimiento entre las partes, pues tal como reza el conocido principio jurídico “donde el legislador no distingue, no es lícito para el intérprete distinguir”. En este mismo sentido se pronunció la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, quien sostuvo que el artículo 38 bis:

“no establece obligatoriedad alguna de convenir tal modificación, salvo aquella expresamente exigida para reemplazar hasta tres de dichos domingos por días sábados, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal, en cuyo caso se podrá llevar a cabo “solo” mediante acuerdo escrito. La expresión solo que utiliza el texto en comento denota sin lugar a dudas que tal exigencia quedó restringida únicamente para efectuar dicho reemplazo”¹¹⁷.

¹¹⁵ Las cursivas son mías.

¹¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. mensaje de la Ley.

¹¹⁷ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol N° 60- 2016, de 20 de Julio de 2016. Considerando quinto.

A su vez, haciendo eco de lo señalado, el abogado Sebastián Krebs en relación a la modificación unilateral de la jornada a partir de la Ley N° 20.823 concluyó que es el empleador quién debe realizar las adecuaciones en la jornada de trabajo. Pues según sus propias palabras: “si mediante la Ley N° 20.823 se cambia el sistema actual de descansos, necesariamente debe modificarse el sistema de turnos de trabajo dispuesto por el empleador en el reglamento interno que estaba vigente previo a la dictación de esta ley”¹¹⁸. Agregando que sí se exigiera un “acuerdo con cada trabajador para modificar el sistema de turnos establecido en el reglamento interno se ignoraría la potestad de mando o dirección que posee el empleador, que es una expresión de los derechos fundamentales del empleador de propiedad y de la libertad de desarrollar cualquier actividad económica consagrados en la Constitución Política de la República”¹¹⁹.

Asimismo, diversos fallos emanados de los tribunales superiores de justicia se inclinan por la tesis de que es el empleador quien debe modificar la jornada de trabajo para cumplir con la Ley N° 20.823, sin que sea necesario un acuerdo con los trabajadores. Así, en enero de 2017, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, afirmaba que para la implementación de los domingos adicionales de descansos, introducidos por la Ley N° 20.823, el empleador tenía

*“la facultad de distribuir unilateralmente la jornada laboral de sus dependientes*¹²⁰ modificando para tal efecto el respectivo Reglamento Interno de la empresa, conforme lo permite el artículo 156 del Código del Trabajo, en relación al artículo 10 N° 5 del mismo cuerpo legal, sin que ello signifique vulnerar o infringir las normas que regulan la relación laboral”¹²¹.

Dicha postura, ya había sido sostenida meses antes por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, tribunal que al acoger un recurso de nulidad, que buscaba dejar sin efecto la sentencia de primera instancia que condenó a la parte reclamante al pago de multas por la modificación unilateral de la jornada de trabajo, sostuvo que : “la adecuación de los turnos, al constituir una obligación legal, no configura una materia respecto de la cual el empleador pueda convenir libremente con cada uno de los trabajadores, lo cual excluye la necesidad del mutuo consentimiento....”. Así, para dicho tribunal las modificaciones a la jornada de trabajo son de atribución exclusiva del empleador, y por esto se debe desechar lo sostenido en primera

¹¹⁸ KREBS, S. 2016. Ley N° 20.823 y modificación de la jornada ordinaria de trabajadores sujetos a un sistema de turnos regulados en el reglamento interno. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (7) N° 13. p. 184.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Las cursivas son mías.

¹²¹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 237-2016, de 6 de enero de 2017. Considerando cuarto.

instancia, donde se señaló que se requiere de un acuerdo por tratarse de una cláusula esencial del contrato de trabajo, puesto que:

“Establecer que se modificó unilateralmente una cláusula esencial del contrato de trabajo, infringe lo dispuesto en el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, al no dar aplicación a la excepción expresamente establecida en dicha norma, que exime de la obligación de consignar en los contratos de trabajo la duración y distribución de la jornada de trabajo a las empresas en que existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno. En tal sentido, no constituyendo para empresas como la recurrente una estipulación esencial del contrato de trabajo la duración y distribución de la jornada de trabajo y debiendo tales aspectos regirse por el reglamento interno, ha de atenderse a lo dispuesto en el artículo 154 del Código del Trabajo, conforme al cual la confección de dicho reglamento es obligación de la empresa”¹²².

Finalmente, otro punto importante en el análisis que vengo sosteniendo, es el hecho de que el empleador se encuentra facultado para aumentar la cantidad de horas de trabajo diarias de sus trabajadores, para efectos de cumplir con los descansos establecidos en la Ley N° 20.823 y con las 45 horas semanales de trabajo. Si bien la Ley N° 20.823 no hizo mención alguna en este punto, la Dirección del Trabajo, a través de un dictamen en febrero de 2016¹²³, estableció que el empleador tiene dicha atribución.

De ahí que, un razonamiento lógico lleve necesariamente a la conclusión de que sí el empleador está autorizado para aumentar la cantidad de tiempo en que el trabajador presta servicios, es razonable que sea él mismo quien fije los días en que cada uno de sus dependientes debe tomar los correspondientes días de descanso. Por ello, nadie más que el empleador es quien tiene que modificar la jornada de trabajo de los trabajadores del comercio, para efectos de conceder a cada dependiente los siete días domingos de descanso contemplados por la Ley N° 20.823.

¹²² Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 130- 2016, de 6 de junio de 2016.

¹²³ Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 961/18, de 15 de febrero de 2016.

3.2 Recargo del 30% para los días domingos trabajados, calculado sobre el sueldo convenido

3.2.1 Iniciativa exclusiva del Presidente de la República para aumentar las remuneraciones del sector privado

En relación a las remuneraciones del comercio, la Ley N° 20.823, estipuló que para los trabajadores del número siete del mismo artículo, independientemente de la jornada de trabajo que se desempeñen, “las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria, siendo el valor de la hora ordinaria más el recargo, la base de cálculo para efectos de determinar el valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingos”¹²⁴.

Producto del establecimiento de dicho recargo, quienes estuvieron en la tramitación del proyecto se mostraron conforme con el acuerdo, puesto que estimaron que el beneficio significaría un incremento de remuneraciones para los trabajadores del comercio. En este aspecto, Carlos Cano Barriga, Director Ejecutivo del CETRA, señaló que “el proyecto de ley tendría un efecto positivo para los trabajadores full time, al encarecerse su trabajo, ya que se *cancelará más dinero*¹²⁵ por un trabajo que ya se realiza”¹²⁶, mientras que Hernán Larraín, votó favorablemente por el recargo, puesto que para el senador “lo razonable para cautelar el tema familiar, es que cuando se trabaje el domingo simplemente se pague una *remuneración mayor*¹²⁷”¹²⁸.

Considero que los pensamientos antes mencionados son lógicos, toda vez que al entrar en vigencia la Ley N° 20.823, los 18 domingos que tendrán que trabajar los dependientes del comercio (según los propios cálculos de la mesa tripartita de trabajo¹²⁹), deberá aplicarse un recargo por las horas laborales, lo que repercutirá en un aumento de las remuneraciones de los

¹²⁴ Artículo 38 Código del Trabajo, inciso segundo.

¹²⁵ Las cursivas son mías.

¹²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Primer Trámite Constitucional: Cámara de diputados. p. 12

¹²⁷ Las cursivas son mías.

¹²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Segundo Trámite Constitucional: Senado. p. 80

¹²⁹ “Existen 52 domingos cada año, de los cuales 3 domingos forman parte de las vacaciones, 24 domingos corresponden a los dos domingos de descanso mensual, conforme al artículo 38 del Código del Trabajo, a los cuales se estarían sumando 7 domingos en el año, pudiendo reemplazarse hasta 3 de ellos por días sábados unidos a los domingos de descanso semanal, con la finalidad de priorizar la vida familiar. En consecuencia precisó, quedarían 18 domingos laborales, que serán remunerados con un 30% de recargo para todo tipo de trabajador”. Cita extraída de: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Informe Comisión de Trabajo. p. 59.

trabajadores. Debido a esto, lo primero que debe tenerse en cuenta al analizar este incremento remuneracional, es que la Constitución Política de la República señala en el artículo 65 n° 4, que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República “fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, *aumentar obligatoriamente sus remuneraciones*¹³⁰ y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos”.

Al revisar la historia legislativa de la Ley N° 20.823, advierto que el recargo del 30% no fue de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, puesto que el proyecto de ley tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada por los diputados Nicolás Monckeberg Díaz, Pedro Browne Urrejola, Tucapel Jiménez Fuentes y Cristián Campos Jara. Con esto, concluyo que dicha compensación remuneracional, debió haber sido declarada inadmisibles en la Cámara de diputados (conforme a lo preceptuado en el artículo 15 de la LOC del Congreso Nacional¹³¹), por ser contrario a lo establecido en el artículo 65 N° 4 de la Carta Fundamental.

No obstante, la norma fue declarada admisible, y si bien en el informe de la comisión de trabajo- donde se plantearon indicaciones al proyecto original- el diputado Patricio Melero advirtió de la situación señalada en líneas anteriores, finalmente la normativa fue aprobada sin reparos por los parlamentarios. Y es que a diferencia del diputado de la UDI, los restantes miembros de la comisión aprobaron la indicación, puesto que, según sus propias palabras:

“consideraron que sería una inconsecuencia declarar inadmisibles dichas indicaciones que corrigen un aspecto de la moción que ha sido declarada admisible por la sala de la corporación, la que, por ello, ha manifestado, su voluntad de que se legisle sobre la posibilidad de establecer un recargo por trabajar en día domingo o festivo, independiente del guarismo que finalmente se apruebe”¹³².

Sin duda, sorprende que el recargo del 30% haya sido aprobado casi por unanimidad, donde la única la única voz disidente fue la del señor Melero. Sin embargo, circunstancias como estas son más comunes de lo que se cree, y en consecuencia lo ocurrido en la tramitación de la Ley N° 20.823 no constituye un hecho aislado; pues en otras ocasiones proyectos iniciados en la Cámara de Diputados que pugnan con la Constitución, han sido declarados admisibles. Esto es

¹³⁰ Las cursivas son mías.

¹³¹ Artículo 15 LOC: La declaración de inadmisibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional que vulnere lo dispuesto en el inciso primero del artículo 65 de la Constitución Política o de la solicitud que formule el Presidente de la República de conformidad a lo establecido en su artículo 68, será efectuada por el Presidente de la Cámara de origen. No obstante, la Sala de dicha Cámara podrá reconsiderar esa declaración. [extracto].

¹³² Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Informe Comisión Trabajo. p. 18.

ilustrado por el profesor Sebastián Soto Velasco, quien al abordar la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se muestra bastante crítico con la Cámara de Diputados, puesto que en su análisis de mociones parlamentarias concluye que el senado y la Cámara tienen prácticas distintas, sosteniendo que mientras la Cámara nunca declara un proyecto de ley iniciado en moción contrario a la Constitución, la mesa del Senado lo hace cumpliendo, de ese modo, la norma legal. Así para Soto Velasco, con miras a fortalecer el Estado de Derecho, las autoridades de la Cámara de Diputados debieran tomar cartas en el asunto y corregir esta omisión, ya que en su opinión:

“dos importantes iniciativas tributarias en los últimos tiempos, como son el proyecto de ley de Royalty a la Minería y el denominado IVA a la construcción, han iniciado su discusión pública a través de mociones parlamentarias inadmisibles, pero que, por haber sido presentadas en la Cámara de Diputados no fueron así declaradas”¹³³.

Ahora bien, ilustrar lo anterior en ningún caso fue con el objetivo de mostrarme en contra del beneficio remuneracional, pues estimo que es una buena iniciativa el permitir remunerar de mejor manera una actividad, donde considero que los trabajadores deberían estar sujeto al régimen general de descansos, tal como lo señalé en el apartado 1.3 de este trabajo. De modo que, esta parte de la investigación únicamente buscó ilustrar que la Ley N° 20.823, en materia de remuneraciones, abordó un asunto que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, mediante una moción parlamentaria.

A continuación, dejaré de lado la eventual declaración de inadmisibilidad del beneficio, con el objeto de poder analizar los otros efectos derivados de la aprobación de dicho beneficio.

3.2.2 Sentido y alcance de la expresión “sueldo convenido”. Análisis del Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015

Un segundo aspecto a examinar es la base de cálculo del recargo, lo que supone abordar el significado de la expresión “sueldo convenido”. Para esto analizaré el dictamen N° 2205/37, de fecha 6 de Mayo de 2015, ya que este fue el encargado de establecer precisiones en esta materia.

¹³³ SOTO, S. 2007. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación [en línea]. Programa Legislativo, Libertad y Desarrollo. <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-225-258-Iniciativa-exclusiva-del-Presidente-de-la-Republica-un-aporte-del-TC-para-su-interpretacion-SSoto.pdf>> [consulta: 07 de enero de 2016]. pp.239 y 240.

El pronunciamiento ocurrió porque la normativa se limitó a señalar que la aplicación del recargo del 30% para las horas ordinarias trabajadas en días domingos, recaía sobre “el sueldo convenido para la jornada ordinaria”. Sin precisar si el beneficio aplicaba únicamente sobre la parte fija de las remuneraciones o también comprendía los componentes variables de esta, lo cual resultó problemático, dado que las remuneraciones de los dependientes del comercio se caracterizan por ser mixtas, es decir, poseen los dos componentes señalados. Por eso, a raíz de una consulta realizada a la entidad administrativa sobre la expresión “sueldo convenido”, esta última aclaró el sentido y alcance de dicho concepto.

En aquella oportunidad, el dictamen sostuvo que tal expresión es equivalente al componente fijo de la remuneración de los trabajadores del comercio, es decir “sueldo convenido” debía entenderse conforme a lo preceptuado en el artículo 42 letra (a) del Código del Trabajo, disposición que define el sueldo base, como “el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo”. Así, producto de la relación entre sueldo convenido y el artículo 42 letra (a), se comprende que para la Dirección del Trabajo sueldo convenido no es otra cosa que el sueldo base de los trabajadores del sector comercio, el cual desde el año 2008, en virtud de la Ley N° 20.281, no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual. La entidad administrativa funda su posición en el artículo 20 del Código Civil, puesto que este último obliga a “otorgar el sentido legal a aquellas palabras que el legislador ha definido expresamente sobre ciertas materias”, cuestión que para la Dirección del Trabajo ocurre en este caso. En este punto, considero que es errático señalar como apoyo a la argumentación el artículo 20, debido a que en materia laboral la expresión en análisis no se encuentra definida. Esto porque, el legislador se encargó de definir en el artículo 41 del Código del Trabajo el concepto de remuneración, mientras que en el artículo 42 estableció aquellos estipendios que constituyen remuneraciones, sin poder constatar en ninguna de las dos disposiciones la definición de “sueldo convenido”. En razón de esto, es equívoco sostener que por disposición legal se debe interpretar tal expresión en el sentido del artículo 42 letra (a), pues esta última si bien hace sinónimos los conceptos de sueldo y sueldo base, en ningún momento define la expresión “sueldo convenido”, así como tampoco se observa una relación entre este último y los conceptos antes mencionados.

Sin perjuicio de lo anterior, coincido con la Dirección del Trabajo en el sentido de entender sueldo convenido como sinónimo de sueldo base. Mas, a diferencia de la entidad administrativa

fundo mi posición en la historia legislativa. Y es que esta última da cuenta que para quienes aprobaron el proyecto, el recargo del 30% tuvo por objeto mejorar la situación laboral de quienes trabajan los domingos, por los costos familiares asociados a una jornada ordinaria de trabajo en días que para la generalidad son de descanso. De ahí que sea posible concluir que la razón de ser de la norma en análisis fue compensar la jornada ordinaria de trabajo de los días domingos, es decir, el objetivo era que las horas laborales de dichos días fueran pagadas con el recargo, “sin importar si las horas trabajadas pertenecían a jornadas completas o reducidas, puesto que en cualquier caso tenían derecho al beneficio de la ley”¹³⁴.

Con esto, las remuneraciones variables al no pagarse en relación a la cantidad de horas ordinarias que un trabajador permanece en sus labores, sino que por ejemplo, respecto al número de ventas que un dependiente realiza, en el caso de las comisiones, o bien en proporción a las utilidades obtenidas por el empleador, en el caso de las gratificaciones, no pueden ser consideradas dentro de la base de cálculo del recargo, puesto que al incluirlas la Ley N° 20.823 perdería el genuino sentido que la inspiró. Tal afirmación se refleja en el pensamiento del señor Carlos Cano Barriga, Director Ejecutivo del CETRA y asesor de la Confederación Coordinadora de Sindicatos del Comercio, quien en el informe de la comisión trabajo, aclaró que el recargo del 30% por las horas ordinarias, se calcula sobre el sueldo base¹³⁵.

De esta manera, aun cuando discrepe de la argumentación de la Dirección del Trabajo, lo cierto es que la conclusión del dictamen que entiende sueldo convenido como sinónimo de sueldo base, es del todo lógica. Resultando por lo demás relevante la aclaración realizada, debido a que dudas existentes desde la tramitación de la ley, donde por ejemplo la senadora Goic pedía que “el señor Subsecretario del Trabajo pueda responder algunas preocupaciones, como la relativa a cómo se entiende ‘el sueldo convenido’ que es la nomenclatura utilizada en el texto”¹³⁶, fueron definitivamente zanjadas.

¹³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Nuevo Informe Comisión Trabajo. p. 38.

¹³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Segundo Trámite Constitucional: Senado, Informe Comisión Trabajo. p. 61.

¹³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Discusión en sala. p. 72.

3.2.3 Incremento de remuneraciones y libertad de contratación (Artículo 19 N° 16 de la Constitución)

A lo anterior, se sumó la controversia acerca de la libertad de contratación consagrada en la Constitución, bajo la protección de la libertad de trabajo en el n° 16 del artículo 19. En efecto, existieron voces que se opusieron al incremento remuneracional del 30% en días domingo, debido a que en su opinión atentaba contra el precepto mencionado, al impedir una contratación negociada libremente. Así, Ricardo Mewes Schnaidt, Presidente de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile, señaló que el establecimiento de mejores condiciones laborales para los trabajadores, no podía hacerse “a costa de una de las partes”, ya que para él

“La libertad de trabajo y de ejercer el comercio legal, en el sentido de reafirmar el legítimo derecho de todas las personas que quieran ejercer el comercio legal y de quienes quieren ejercer la libertad de trabajar, debe hacerse mediante un *acuerdo libre de las condiciones de trabajo*¹³⁷”¹³⁸.

Por su parte, en la indicación sustitutiva del proyecto, donde se modificó el recargo del 100% planteado en un comienzo por un recargo del 30%, se mencionó que “las regulaciones que se apliquen a las labores del comercio deben dar cuenta de la diversidad en las que éstas se desarrollan, *permitiendo a las partes fijar las condiciones contractuales*¹³⁹”¹⁴⁰.

De esta manera, la Ley N° 20.823 trajo nuevamente a colación la discusión que se había generado el año 2008, con la aprobación de la Ley N° 20.281¹⁴¹. En aquella oportunidad, los profesores Arturo Fermandois Vöhringer y José Francisco García, fueron una de las voces disidentes en torno a la disposición que extendió el beneficio del pago del día semanal de descanso a los trabajadores remunerados variablemente por mes¹⁴², puesto que dicho precepto producía un incremento en las remuneraciones de estos trabajadores, lo que en opinión de estos autores atentaba a la libertad de contratación establecida en el artículo 19 N° 16 de la Carta fundamental.

¹³⁷ Las cursivas son mías.

¹³⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe Comisión de Trabajo. p. 13.

¹³⁹ Las cursivas son mías.

¹⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.823. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Indicación sustitutiva del Ejecutivo. p. 22.

¹⁴¹ Norma también conocida como “Ley de semana corrida”.

¹⁴² FERNANDOIS, A. y GARCÍA, J. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley N° 20.281 sobre sueldo base). Revista Chilena de Derecho, Vol 37 (2) p. 350.

Para Vohringer y García el artículo 65 N° 4 de la CPR únicamente autoriza a fijar por ley mínimos remuneracionales, pero en ningún caso permite al legislador determinar protagónica e íntegramente el contenido de las remuneraciones, toda vez que consideran que estas son un elemento esencial del contrato de trabajo conforme al artículo 7 del Código del Trabajo, y por lo mismo las partes son libres para fijarlas¹⁴³. En buena medida, tales autores otorgan a la autonomía contractual un carácter absoluto, que en materia de remuneraciones repercute en que la única limitación válida es la fijación del ingreso mínimo, pues concluyen que: “la Constitución ha previsto que los salarios se fijen por la voluntad de las partes, expresada individualmente o luego de una negociación colectiva y no por ley”¹⁴⁴.

En relación a tal posición, considero que no hay razón para descomponer el artículo 65 N° 4 de la Carta Fundamental de la manera en que ellos lo hacen. En efecto, estimo que es errático sostener que no se pueden establecer límites o bien aumentar las remuneraciones del sector privado, mediante escalas y pautas. Y es que si bien reconozco que los constituyentes del año 1970¹⁴⁵ y luego los del año 1980, estimaron que la regulación de remuneraciones debe hacerse libremente por los particulares, estimo que de todos modos se debe armonizar el artículo 65 N° 4 con el 19 N° 16, para que así el primero posea un ámbito de aplicación. Así, planteo que la disposición que permite aumentar las remuneraciones tiene un carácter supletorio respecto a la libertad de contratación; esto significa que idealmente es el libre mercado quien tiene que establecer las condiciones contractuales, sin embargo, en circunstancias que este no es capaz de llegar a acuerdos o bien produce soluciones injustas o insatisfactorias, es lógico y razonable que sea el Presidente de la República, mediante la facultad consagrada en el artículo 65 N° 4, quien regule las remuneraciones de los privados, ya sea fijando mínimos o bien aumentando remuneraciones. Tal tesis, coincide con lo reseñado por José Luis Cea, quien en relación a este artículo, sostiene que “cubre materias que integran las relaciones laborales del sector privado, en las cuales aquella potestad presidencial puede ser ejercida imperativamente para trazar mínimos, *disponer aumento de remuneraciones*¹⁴⁶, desahucios, gratificaciones por productividad; o alterar las bases con sujeción a las cuales se calculan todos estos emolumentos”¹⁴⁷.

¹⁴³ FERMANDOIS, A. y GARCÍA, J. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley N° 20.281 sobre sueldo base). Revista Chilena de Derecho, Vol 37 (2) p. 350

¹⁴⁴ Idem p.372.

¹⁴⁵ Año de aprobación del precepto.

¹⁴⁶ Las cursivas son mías.

¹⁴⁷ CEA, J. L. 2008. Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 433.

En razón de lo anterior, para concluir si el recargo del 30% contemplado por la Ley N° 20.823 se ajusta a la Constitución, es necesario observar si en este caso particular se encontraba justificado la aplicación supletoria del artículo 65 n° 4 de la Carta fundamental. Cuestión que en definitiva significa analizar si era razonable limitar la libertad de contratación del artículo 19 n° 16, en pos de la facultad del Presidente para aumentar las remuneraciones.

Hablo de límites a la libertad de contratación, porque es innegable que el incremento del 30% constituye una limitación a la garantía del 19 N°16, toda vez que impide que las partes fijen totalmente libre las condiciones del contrato, puesto que los días domingos trabajados deberán ser remunerados con un recargo establecido por ley, sin que las empresas puedan alterar aquello. En esta materia, si bien la doctrina sostiene que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones de parte del Estado¹⁴⁸, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que estas serán válidas en la medida que estén “suficientemente determinada por la ley y razonablemente justificadas; esto es si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”¹⁴⁹.

Teniendo en cuenta lo reseñado por el Tribunal Constitucional considero que la Ley N° 20.823 establece límites válidos a la libertad de contratación y en consecuencia la aplicación del artículo 65 n° 4 de la Carta Fundamental se encuentra ajustado a derecho. Estimo esto, en primer lugar por el hecho que la normativa determinó especialmente en que consiste el recargo remuneracional, los trabajadores a quienes aplica y el día de la semana en que debe ser utilizado. Por su parte, las razones de su establecimiento fueron claramente establecidas en la historia legislativa, siendo estas la necesaria compatibilización de la vida familiar con la laboral en un sector donde los trabajadores se encuentran exceptuados del descanso dominical, pero no por exigencias de continuidad de los servicios, sino que por los beneficios que trae consigo para la comunidad. Por ello, aun cuando configuro el recargo del 30% como una limitación a la libertad de contratación, dicha limitación se encuentra ajustada a la norma fundamental, ya que el encarecer los domingos para los empresarios del comercio, se hizo con fines lícitos e idóneos de mejorar la situación laboral y familiar de los dependientes del sector.

¹⁴⁸ NAVARRO, E. y CARMONA, C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 59. p. 88.

¹⁴⁹ Idem.

Adicionalmente, es posible señalar que el recargo del 30%, puede ser considerado una limitación válida a la libertad de contratación, ya que conforme al artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, es posible que se establezcan límites a las garantías constitucionales, siempre que no se afecten los derechos en su esencia. En tal sentido, la normativa en análisis, mediante el pago de remuneraciones más altas no afecta la esencia del derecho a “derecho a desarrollar cualquier actividad económica” del artículo 19 N° 21 de la Constitución, disposición que como lo sostiene acertadamente Irureta refleja la libertad de contratación desde el punto de vista del empleador, en el entendido que para este último dicha garantía se alza como un “derecho vinculado a la libertad de empresa”¹⁵⁰. Esto se sostiene, toda vez que la restricción de aumentar el valor de las horas ordinarias trabajadas en los días domingos, resulta armónico con el desarrollo de la actividad del comercio, sin poder constatar una vulneración al derecho en su esencia, que en definitiva significaría la imposibilidad de desarrollar la actividad. En este punto, coincido con los pensamientos del profesor Diego López, quien enuncia que un incremento de remuneraciones fijado por ley, no altera la garantía de la libertad económica ya que esta “no incluye un virtual derecho que asegure la ausencia de restricciones que regulen la acumulación de riqueza”¹⁵¹, agregando que “la Constitución no garantiza que la actividad económica que se emprenda estará libre de costos adicionales impuestos por nuevas responsabilidades legales. La garantía constitucional de libertad económica no obliga al Estado a abstenerse de encarecer la actividad económica”¹⁵².

En definitiva, la Ley N° 20.823 a través del incremento de remuneraciones en día domingo no infringe la libertad de contratación. Y si bien es posible configurar dicho beneficio como un límite a la garantía constitucional mencionada, en ningún caso puede hablarse de una vulneración del derecho en su esencia, debido a que dicho incremento además de encontrarse justificado por la propia historia legislativa, no implica una afectación del derecho a la libre iniciativa económica de los empresarios del comercio. Y es que tal como lo sostiene Nogueira, Pfeffer y Verdugo, la libertad de contratación puede estar sujeta a límites, y no debe ser entendida “como el imperio de la autonomía privada en materia laboral, de forma tal que los empleadores pudieran contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del

¹⁵⁰ IRURETA, P. 2006. Constitución y orden público laboral, un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena. Santiago de Chile. Colección de investigaciones jurídicas Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado. p. 63

¹⁵¹ LÓPEZ, D. 2009. ¿Puede una ley aumentar remuneraciones? [en línea]. Revista Laboral Chilena. <http://derecho.uahurtado.cl/documentos/diego_lopez/PUEDE_LA_LEY_AUMENTAR_LAS_REMUNERACIONES.pdf> [consulta: 09 de enero de 2017] p. 7

¹⁵² Idem.

contrato de trabajo”¹⁵³, ya que dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte débil de la relación laboral.

3.2.4 Impacto en los ingresos de los trabajadores del comercio

Luego de la aprobación de la Ley N° 20.823 y de la aclaración de la Dirección del Trabajo respecto a la expresión “sueldo convenido”, existe un hecho indudable: las horas ordinarias de los días domingos deberán ser pagadas con un incremento del 30%. A partir de esto, es incuestionable que la ley incrementa los estipendios fijos a recibir por los dependientes del comercio, toda vez que los empleadores desde mayo de 2015 se encuentran obligados a aplicar un recargo sobre el sueldo fijo de sus trabajadores. Obligación legal, que de ser incumplida acarrea multas para las empresas del sector.

Sin perjuicio de esto, teniendo en cuenta que las remuneraciones efectivas de los trabajadores del sector son de carácter mixto, es decir se componen de estipendios fijos y variables, donde en la mayoría de los casos gran porcentaje de la misma es variable, estimo que la obligación del recargo no necesariamente repercutirá en la obtención de una mayor cantidad de dinero a fines de cada mes o al final del día (en caso de trabajadores part time). Y es que la ley al no referirse a la parte variable de la remuneración, mencionada en el artículo 42 del Código del Trabajo, no impide que los empleadores rebajen estas, para así ajustar el dinero que desembolsaban antes de la entrada en vigencia de la norma, con el que deberán enterar para efectos de cumplir con el recargo del 30%. De ocurrir aquello, el sueldo total del trabajador, esto es la suma de ingresos a recibir por su trabajo, se mantendría sin modificaciones luego de la aprobación de la ley N° 20.823. Es más, me atrevo a aventurar que sí los empleadores optan por disminuir considerablemente el porcentaje variable, incluso los trabajadores podrían ver reducidos sus ingresos, ya que por ejemplo sí un vendedor tiene menos comisiones el día domingo, “donde el volumen de ventas es relevante”¹⁵⁴ su sueldo total podría verse notoriamente disminuido, pues tal como lo ilustra el estudio realizado por la profesora Thelma Galvez en el

¹⁵³ DERECHO Constitucional. 1994. Por Humberto Nogueira Alcalá “et al”. Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. Citado en: GAMONAL, Sergio. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. Santiago, Chile. Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. p. 435.

¹⁵⁴ JORNADA de trabajo en el sector comercio, la experiencia en grandes tiendas supermercados y pequeñas tiendas Mall. 1999. Por Estrella Díaz “et al”. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo (n° 12). p. 55.

caso de estos dependientes el “grueso de su remuneración proviene de las comisiones ganadas por venta”¹⁵⁵.

Por otra parte, la ley en análisis tampoco prohíbe que los empleadores reduzcan el sueldo fijo de sus trabajadores, y existiendo en esta materia la única obligación de ajustarse al ingreso mínimo, los empleadores podrían reducir el sueldo base (en caso que este hubiera sido mayor al ingreso mínimo), para que así que el incremento del 30% sea calculado sobre una base de cálculo más pequeña, lo que redundara en que el recargo no se verá reflejado en mayores ingresos para los trabajadores.

Si bien, lo mencionado son conjeturas, en ningún caso son infundadas, debido a que la historia da cuenta que los empleadores del comercio se caracterizan por adoptar decisiones que van en directo beneficio de ellos, y por lo mismo perjudican a los dependientes. En este punto, es ilustrativo que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.821, fue posible constatar exiguos sueldos fijos, los cuales iban entre 6 mil y 11 mil pesos mensuales¹⁵⁶; y luego a partir de la entrada en vigencia de dicha norma algunas empresas comenzaron a fijar sueldos bases más altos, pero al mismo tiempo rebajaron las comisiones por ventas a la mitad. Dicha decisión fue el resultado de un cálculo que dejaba las remuneraciones totales en el mismo nivel¹⁵⁷. Asimismo, vale la pena mencionar que la Ley N° 20.823 ya ha sido violada por empresas del sector, quienes no han aplicado el recargo del 30% para quienes trabajan los días domingos¹⁵⁸. Por lo que si la ley ya ha sido incumplida por las empresas, no es descabellado pensar que cuando se opte por cumplir la misma, sea con el menor gravamen para ellas, es decir: sin desembolsar más dinero.

Por lo anterior, no es antojadizo concluir que si bien el recargo del 30% es una noble iniciativa, lo cierto es que la Ley N° 20.823 al no normar los aspectos antes mencionados, y en particular las remuneraciones variables de los trabajadores del comercio, estos seguirán siendo trabajadores sometidos a la voluntad del empresariado, ya que finalmente serán ellos quienes

¹⁵⁵ HOLDING y tiendas: La trama que multiplica las ventas y redobla el trabajo. 2009. Por Thelma Galvez “et al”. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo n° 36. p. 110.

¹⁵⁶ Palabras de una dirigente sindical del sector comercio. Citada en: HOLDING y tiendas: La trama que multiplica las ventas y redobla el trabajo. 2009. Por Thelma Galvez “et al”. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo n° 36. p. 106.

¹⁵⁷ Idem. p. 108.

¹⁵⁸ Es ilustrativo en este punto, la cantidad de multas que se han cursado por incumplir la Ley N° 20.823. A modo de ejemplo: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol N° I-26-2016, de 16 de marzo de 2017; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 174-2018, de 17 de abril de 2018.

determinarán la forma de que el recargo del 30% le cause menos perjuicios en sus empresas. A su vez, se generan trabajadores vulnerables y dependientes a los ciclos económicos del país, ya que tal como lo previene la profesora Thelma Galvez “cuando los componentes variables de la remuneración, constituyen una parte muy alta de ella, los trabajadores e hacen extremadamente vulnerable, ya que las fluctuaciones de la economía, por menores que sean, contraen rápidamente las ventas”¹⁵⁹.

Así, a pesar de que la Ley N° 20.823 es un avance en la materia al incrementar el sueldo fijo de los trabajadores para los días domingos, aún queda camino por recorrer para que los trabajadores del comercio puedan mejorar sus condiciones laborales y junto con ello su vida personal y familiar.

¹⁵⁹ HOLDING y tiendas: La trama que multiplica las ventas y redobla el trabajo. 2009. Por Thelma Galvez “et al”. Santiago, Chile. Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo n° 36. p. 110.

CONCLUSIONES

Al comenzar esta investigación, me propuse revisar los aspectos problemáticos de la Ley N° 20.823, tanto en su plano teórico así como también práctico.

Para cumplir con aquello, fue necesario, antes que nada, realizar un recorrido por las regulaciones históricas del sector comercio, para efectos de contextualizar el marco normativo de la reciente modificación legislativa. Fue en este deambular histórico donde pude dar cuenta como la llegada al poder de Augusto Pinochet en el año 1973 frenó todos los avances conseguidos por el sector comercio en materia de descanso semanal. Y es que la dictadura trajo consigo, en el año 1975, el establecimiento de la libertad horaria del comercio- mediante el Decreto Ley N° 934- cuestión que repercutió en que en 1981 se incorporara tal actividad como excepción al descanso dominical, en el Decreto Ley N° 2.200. Dicha excepción es relevante ya que fue ratificada posteriormente por los legisladores de los años noventa, y no varió con las modificaciones legales de principios del siglo XXI, que si bien han mejorado la situación de los trabajadores del comercio, otorgándoles descansos semanales obligatorios en día domingo y obligando a los empleadores a que su sueldo fijo no sea inferior al ingreso mínimo mensual, no han logrado someter a los trabajadores del comercio al régimen general de descansos. En este sentido, el propio recorrido histórico permite sostener que hasta el día de hoy los trabajadores del comercio se encuentran regulados en el número 7 del artículo 38, y por tanto exceptuados del descanso dominical, por la inclinación de la dictadura hacia el modelo de libre mercado, que los legisladores del periodo democrático perpetuaron. .

Teniendo a la vista dicho contexto regulatorio valía la pena analizar la Ley N° 20.823. Normativa que si bien había tenido en su origen un proyecto que buscaba el cierre del comercio en día domingo, finalmente consagró siete domingos de descanso durante cada año de vigencia del contrato de trabajo, y la obligación para los empleadores de remunerar con un recargo del 30% los días domingos trabajados. Para analizar los beneficios establecidos, fue necesario acudir a los dictámenes de la Dirección del Trabajo existentes en la materia, los cuales cumplieron la función de aclarar las dudas suscitadas en torno a la aplicación de la ley. Así, respecto a los beneficiarios de la normativa, acudí al Dictamen Ordinario N° 4755/058, de 14 de septiembre de 2015, el cual estableció que los beneficios de la ley son aplicables a la generalidad del comercio, sin importar si no realizan función de atención de público. De la observancia de dicho dictamen

es dable mencionar que la conclusión de la Dirección del Trabajo es problemática, en el sentido que realizó una interpretación extensiva de la norma, sin encontrarse avalada ni por la historia legislativa y menos por el tenor literal de la Ley N° 20.823. Y es que conforme lo sostuve en el capítulo respectivo, la normativa al fijar el ámbito de aplicación fue clara. Toda vez que se encargó de establecer que la ley aplicaba a los trabajadores del comercio, especificando que los beneficiarios eran los del número 7 del artículo 38, es decir, quienes “atendían directamente al público”. Lo grave de este dictamen que estableció una aplicación general de los beneficios, no solo se encuentra dado por todos los errores jurídicos que contiene (y que ya fueron mencionados detalladamente en el capítulo 2.1.1) para arribar a dicha conclusión, sino que también por el hecho de que sentó jurisprudencia en cuanto que la Ley N° 20.823 resulta aplicable a todo el sector comercio, sin importar si no realizan funciones de atención de público. Con ello, la entidad administrativa transformó en letra muerta las disposiciones de la ley en análisis que hacían referencia a “los trabajadores del número 7 del artículo 38”, cumpliendo así la función de extender la normativa a ámbitos no previstos por el legislador, ya que finalmente es la Dirección del Trabajo quien determina si a un trabajador aplica la ley cuando resuelve cada una de las consultas que le realizan las empresas en torno a los beneficios. Por ello, no es errático sostener que si un determinado trabajador goza de los beneficios de la Ley N° 20.823, no necesariamente es por el texto de la ley, ya que puede haber ocurrido que la Dirección del trabajo lo hizo acreedor de tales beneficios, por el solo hecho de cumplir funciones en un establecimiento comercial.

Por su parte, respecto a los efectos de la normativa, esta investigación aclaró si los cambios necesarios en la jornada de trabajo a partir de la entrada en vigencia de Ley N° 20.823 era una atribución exclusiva del empleador, o bien se trataba de una decisión que requería de un acuerdo entre ambas partes de la relación laboral. En este punto, pude dar cuenta que la posición adecuada es la sostenida por la Dirección del Trabajo en el Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015, donde se sostuvo que es el empleador quien debe modificar la jornada de trabajo. Dicha postura encuentra sustento en el hecho de que los trabajadores del comercio, se encuentran sujetos a un sistema de turnos, y por lo mismo conforme lo previene el propio artículo 10 n° 5 del Código del Trabajo, las modificaciones a su jornada no deben hacerse en el contrato individual de trabajo, sino que en el Reglamento Interno de la Empresa, el cual es una manifestación de los poderes de dirección del empleador. Tal tesis se encuentra avalada por la doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que lo sostenido por la Dirección del Trabajo en los

dictámenes N° 5973/073 y N° 961/18 donde se exigía un acuerdo de las partes para modificar la jornada, debe ser desestimada.

Asimismo, en lo que respecta al beneficio remuneracional de días domingos, constaté que existe una adecuada fundamentación para obligar a las empresas a pagar una remuneración con un recargo del 30%. Dicho aspecto es del todo relevante ya que al encontrarse justificada la norma, no es posible argumentar una vulneración a la libre iniciativa económica de los empresarios del sector, ya que estos a pesar de tener la obligación de desembolsar una mayor cantidad de dinero los días domingos, podrán seguir desarrollando sus actividades, puesto que la Ley N° 20.823 no afecta su derecho de propiedad, que consagra el orden público económico. Y por lo mismo la norma no infringe los artículos 19 N° 16 y N° 21 de la CPR.

Finalmente, y luego de todo el análisis realizado en esta investigación, vale la pena preguntarse ¿es realmente la Ley N° 20.823 una norma que modifica y mejora sustancialmente la situación laboral y familiar de los trabajadores del comercio?

Si situamos la normativa, en el contexto general de las modificaciones legislativas del Siglo XXI, es posible señalar que la norma en análisis se sitúa en un plano equivalente a la reforma del año 2001 que aumentó a dos los domingos mensuales de descanso para el comercio. Esto porque ambas normas, consagraron beneficios adicionales para los dependientes del comercio, sin alterar sustancialmente la regulación contenida en el Código de Trabajo en materia de descanso para estos trabajadores. Y si bien ambas reformas contribuyen a mejorar la vida familiar y laboral de los trabajadores del comercio, es innegable que no resuelven el fondo del asunto, en el sentido de que mantienen la situación de excepción del descanso dominical del comercio. De este modo, la Ley N° 20.823 puede ser recordada como una reforma que aún no logra modificar lo establecido en los tiempos de Augusto Pinochet.

Ahora bien, aun cuando reconozca que la Ley N° 20.823 no refleja un cambio legislativo sustancial en la actividad comercial, estimo que igualmente contiene aspectos positivos que es importante destacar. En primer lugar el texto definitivo de la norma fue fruto de un acuerdo alcanzado en una mesa tripartita de trabajo, donde en ella junto a la ministra del trabajo se reunieron los representantes del comercio y las organizaciones sindicales de estos establecimientos. Situación que permite aventurar que en un futuro podrían alcanzarse acuerdos satisfactorios entre los empresarios y sus trabajadores, si ambos- y principalmente los primeros-

muestran un interés similar al mostrado en la tramitación de este proyecto. A su vez, una de las grandes demandas sindicales del sector comercio, como es la consagración de un tercer domingo de descanso al mes, es satisfecha en parte por la Ley N° 20.823. Por cuanto, al consagrar siete domingos de descanso al año, los cuales se agregan a los dos ya mensuales, sí los trabajadores no optan por cambiar dichos días por días sábados, tendrían siete meses con tres domingos de descanso al mes. Circunstancia que se acerca al deseo de tener en los doce meses del año tres descansos dominicales.

En razón de lo expuesto, es de esperar que nuestros legisladores no se estanquen en lo consagrado por la Ley N° 20.823. Por el contrario, espero que esta norma marque el inicio de reformas que en el mediano plazo establezcan mayores beneficios para el comercio; sector que considero debiera tener sus días de descanso al igual que la generalidad de los trabajadores del país, es decir, los días domingos.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros.

ARTAZA, P. 2006. Movimiento social y politización popular en Tarapacá, 1900- 1912. Santiago, Chile. Ediciones Escaparate. 230 p.

BARRIENTOS, J. 2014. Código Civil. Tomo I. Santiago, Chile, Thomson Reuters. 1090 p.

CEA, J. L. 2008. Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 580 p.

DE LA VILLA, L.E, y LÓPEZ, L. 2003. Los principios del Derecho del Trabajo. Madrid, Centro de estudios financieros. 423 p.

DUCCI, C. 1989. Interpretación jurídica. 3era edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 266 p.

DURÁN, G y KREMERMAN, M. 2008. Caracterización del Sector Retail: Una mirada general. Santiago de Chile. Fundación Sol. 19 p.

EL sector comercio en Chile. 1993. Por Patricio Frias "et al". Santiago, Chile, PET. 184 p.

FERMANDOIS, A. 2001. Derecho Constitucional Económico, garantías económicas doctrina y jurisprudencia. Tomo I. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 252 p.

FIGUEROA, G. 2010. Curso de Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile. 238 p.

GÁLVEZ, T. 2005. Vendedor@s cuentan actuales formas de contratación. Santiago, Chile, Dirección del trabajo, Departamento de Estudios. 76 p.

HOLDING y tiendas: La trama que multiplica las ventas y redobla el trabajo. 2009. Por Thelma Galvez "et al". Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo n° 36. 166 p.

HUMERES, H. 2009. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I, Decimoctava edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 495 p.

IRURETA, P. 2006. Constitución y orden público laboral, un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena. Santiago, Chile, Colección de investigaciones jurídicas Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado. 233 p.

JORNADA de Trabajo en el sector comercio, la experiencia en grandes tiendas, supermercados y pequeñas tiendas Mall. 1999. Por Estrella Díaz “et al”. Santiago, Chile, Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo (n° 12). 68 p.

LIZAMA, L. 1998. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral Chilena. Santiago, Chile, Fundación Facultad de Derecho, Dirección del Trabajo. 247 p.

NAUDÓN, A. 2013. La cuestión social y el derecho, orígenes de la primera codificación laboral chilena. Santiago, Chile, LOM Ediciones. 152 p.

NAVARRO, E. y CARMONA, C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015). Santiago, Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 59. 758 p.

PALOMEQUE, M. y ALVARÉZ, M. 2008. Derecho del Trabajo. Decimosexta edición. Madrid, España, Editorial Universitaria Ramón Areces. 906 p.

PLANET, L. 2009. Semana Corrida. Santiago, Chile, Editorial Punto Lex. 237 p.

REMUNERACIÓN de vendedores y vendedoras en grandes tiendas. 2009. Por Thelma Galvez “et al”. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, División de Estudios. 22 p.

ROJAS, I. 1998. El tiempo de Trabajo y los descansos. Cuadernos de Investigación Dirección del Trabajo(N°6). 104 p.

TRATADO de Derecho Civil. 1998. Tomo I. Por Arturo Alessandri “et al”. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 444 p.

THAYER, W. 2008. Dimensión Histórica del Código del Trabajo. Santiago, Chile, Universidad del Desarrollo. 171 p.

THAYER, W. 1984. Introducción al Derecho del trabajo. 2da edición actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 230 p.

THAYER, W. y NOVOA, P. 2015. Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo (cont. Del Tomo III y Derecho Procesal de Trabajo, Tomo IV, sexta edición actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.

ULLOA, V. 2003. El movimiento sindical chileno del siglo xx hasta nuestros días. Santiago, Chile. Organización Internacional del Trabajo. 18 p.

VIAL, G. 2008. Historia de Chile 2 Triunfo y decadencia de la oligarquía (1891-1920). Santiago, Chile, Editorial Zig- Zag. 768 p.

VIAL, V. 2013. Teoría general del acto jurídico, quinta edición actualizada y aumentada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 408 p.

WALKER, F. 1950. Panorama del derecho social Chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 188 p.

II. Tesis.

GODOY, S y GONZÁLEZ M. 2011. El reglamento interno de Orden, Higiene y Seguridad, como instrumento protector de los derechos fundamentales del trabajador. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 189 p.

REYES S, Hilda. 2001. Descanso semanal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 149 p.

WOLYVOICS, A y GONZALEZ, R. 2009. Análisis crítico del derecho al descanso laboral en Chile. Aspectos doctrinarios, legalidad contingente y experiencia nacional e internacional en la modernización del concepto. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 187 p.

III. Capítulos de libros.

HUMERES, H. 2009. La cuestión social. En: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Decimoctava edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 37-59.

ROJAS, I y PEREIRA R. 1993. Regulación legal de las relaciones laborales en el comercio. En: El sector comercio en Chile, Santiago, Chile, PET. pp. 137-151.

IV. Artículos de revista.

CALDERÓN, A. 2006. El modelo de expansión de las grandes cadenas minoristas Chilenas. Revista de la Cepal 90: 151-170.

FERMANDOIS, A. y GARCÍA, J. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley N° 20.281 sobre sueldo base). Revista Chilena de Derecho Vol 37 (2): 343-376.

GAMONAL, S. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución Chilena. Estudios Constitucionales Universidad de Talca (1): 425-458.

GREZ, S. 2007. El encarpado camino hacia la legislación social: debates, contradicciones y encrucijadas, en el movimiento obrero y popular (Chile, 1901- 1904). Revista Cyber Humanitatis: 1- 53.

HUMERES, H. 2014. Evolución Histórica del Derecho del trabajo en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (5): 167-179.

KREBS, S. 2016. Ley N° 20823 y modificación de la jornada ordinaria de trabajadores sujetos a un sistema de turnos regulados en el reglamento interno. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, Vol 7 (13): 171-186.

LIZAMA, L. 2011. El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2): 109-142.

LOPEZ, Diego. 2009. ¿Puede una ley aumentar remuneraciones? [en línea]. Revista Laboral Chilena.

<[http://derecho.uahurtado.cl/documentos/diego_lopez/PUEDE LA LEY AUMENTAR LAS REMUNERACIONES.pdf](http://derecho.uahurtado.cl/documentos/diego_lopez/PUEDE_LA_LEY_AUMENTAR_LAS_REMUNERACIONES.pdf)> [consulta: 09 de enero de 2017]

MUNITA, E. 2014. El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (10): 85-94.

PALAVECINO, C. 2013. La libertad de trabajo y su protección constitucional. Revista Laboral Chilena: 79-83.

THAYER, W. 1994. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral Chileno. Revista de Estudios Públicos (54): 223-241.

V. Sitios web.

CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO, SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE. 2016. Sector comercio: Solo crecen empleos en categorías por cuenta propia y familiares no remunerados. [en línea] <<http://www.cnc.cl/sector-comercio-solo-crecen-empleos-en-categorias-por-cuenta-propia-y-familiares-no-remunerados>> [consulta: 20 de mayo de 2017].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2015. Trabajadores del comercio denuncian vulneración a nueva ley de descanso dominical. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-106796.html>> [consulta: 21 de julio de 2018].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2015. Dictámenes. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyvalue-22762.html>> [consulta: 7 de noviembre de 2016].

TAPIA, M. 2013. Economía y negocios online. [en línea] <“<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=106955>”> [consulta: 14 de abril de 2016].

SOTO, S. 2007. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación. [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-225-258-Iniciativa-exclusiva-del-Presidente-de-la-Republica-un-aporte-del-TC-para-su-interpretacion-SSoto.pdf>> [consulta: 7 de enero de 2017].

VI. Jurisprudencia judicial.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 58.766-2015, de 26 de noviembre de 2015.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena. Rol N° 6-2016, de 14 de abril de 2016.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 116-2016, de 12 de mayo de 2016.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N° 130- 2016, de 6 de junio de 2016.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol N° 60- 2016, de 20 de julio de 2016.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 237-2016, de 6 de enero de 2017.

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Rol N° T-539-2016, de 7 de marzo de 2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Rol N° 53- 2017, de 13 de marzo de 2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol N° I-26-2016, de 16 de marzo de 2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 174-2018, de 17 de abril de 2018.

VII. Jurisprudencia administrativa citada

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1921/033, de 20 de abril de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2205/37, de 6 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2837/041, de 9 junio de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3996/52, de 7 de agosto de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4755/058, de 14 de septiembre de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5733/066, de 6 de noviembre de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 59733/033, de 17 de noviembre de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 6340, de 2 de diciembre de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 854, de 8 de febrero de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 961/18, de 15 de febrero de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°1015, de 17 de febrero de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1228, de 2 de marzo de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1268, de 4 de marzo de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2431, de 4 de mayo de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2895, de 31 de mayo de 2016.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 645/145, de 20 de diciembre de 2017.

VIII. Legislación citada

Ley N° 1.990. Sobre descanso de un día a la semana. Diario Oficial, Santiago, Chile, 29 de agosto de 1907.

Decreto con fuerza de ley N° 178. Diario Oficial, Santiago, Chile, 13 de mayo de 1931.

Decreto Ley N° 934. Autoriza libertad de horario de trabajo para establecimientos comerciales. Diario Oficial, Santiago, Chile, 21 de marzo de 1975.

Decreto Ley N° 2200. Plan Laboral. Diario Oficial, Santiago, Chile, 15 de junio de 1978.

Ley N°18.620, artículo 24. Diario Oficial, Santiago, Chile, 6 de julio de 1987.

DFL N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Diario Oficial, Santiago, Chile, 16 de mayo de 2000.

DFL N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Diario oficial, Santiago, Chile, 31 de julio de 2002.

Decreto 100, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, Santiago, Chile, 17 de septiembre de 2005.

Ley N°20.215. Diario Oficial, Santiago, Chile, 14 de septiembre de 2007.

Ley N° 20.281. Diario Oficial, Santiago, Chile, 21 de julio de 2008.

Ley N° 20.613. Ley de semana corrida. Diario Oficial, Santiago, Chile, 8 de agosto de 2012.

Ley N° 20.823. Diario oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 7 de abril de 2015.