

DIRECCION DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO  
N. 12865(734)/98

ORD. N<sup>o</sup> 3996 / 289 /

**MAT.:** Ante la infracción al inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, tratándose de trabajadores comprendidos en el N<sup>o</sup> 7 del inciso 1º de la misma norma, el empleador debe, necesariamente, conceder en forma retroactiva el o los días de descanso en día domingo no otorgados en su oportunidad.

**ANT.:** Ord. N<sup>o</sup> 2599, de 23.07.98, de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago.

**FUENTES:**

Código del Trabajo artículo 38  
incisos 1º N<sup>o</sup> 7, y 4º.

---

SANTIAGO, 25 AGO 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR INSPECTOR PROVINCIAL DEL TRABAJO DE  
SANTIAGO/

Mediante oficio citado en el antecedente, solicita de esta Dirección un pronunciamiento tendiente a determinar los efectos de la infracción al inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, en el sentido de si corresponde el otorgamiento retroactivo de él o los días de descanso en día domingo no concedidos en su oportunidad o, en su defecto, cual sería la forma de pago de dichos días.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo expresa:

*"No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberá necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos".*

De acuerdo a lo dispuesto en la primera parte de la norma legal precedentemente transcrita, cabe señalar, que tienen derecho a impetrar el beneficio que ella consa-

los trabajadores -Nº 2- que se desempeñan en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria y -Nº 7- aquellos que laboran en los establecimientos del comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de aquellos que realicen dicha gestión, según las modalidades del establecimiento respectivo.

Asimismo que, atendido el carácter imperativo del tenor de la norma en análisis, el otorgamiento del beneficio en la forma en que se encuentra consagrado es obligatorio y no sujeto a regulación o acuerdo alguno, salvo en el caso de los trabajadores comprendidos en el Nº 2 del inciso 1º del artículo 38 ya citado, respecto de las cuales la propia ley autoriza expresamente una forma distinta para su cumplimiento.

Lo anterior, entonces, autoriza para sostener que en el caso de los trabajadores comprendidos en el Nº 7 del inciso 1º del artículo 38 del Código del Trabajo, la única forma de dar cumplimiento al beneficio que nos ocupa es otorgándolo en su oportunidad legal, no resultando, por tanto, procedente, a juicio de la suscrita, que se de cumplimiento a dicha obligación en otra forma.

En otros términos, el referido beneficio no se pierde por el hecho de no ser concedido oportunamente.

Lo anterior encuentra su fundamento en el propósito que tuvo en vista el legislador al dictar la norma, cual es permitir a los trabajadores de que se trata, exceptuados del descanso dominical, poder disponer de a lo menos de un domingo al mes para compartir con su familia, razón que no permite compensación alguna por su no otorgamiento.

Tanto es así, que incluso en el caso en que la propia ley autoriza una forma especial de cumplimiento como sucede en el inciso 5º de la norma legal ya tantas veces citada, el legislador ha señalado expresamente que si el pacto a que alude la norma no se cumple "*los días domingo no otorgados se harán efectivos en los domingos inmediatamente siguientes al término del pacto*".

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de remunerar el día de descanso no otorgado en domingo, cabe señalar, conforme a lo expresado en los párrafos que anteceden, que no corresponde pago alguno toda vez que necesariamente, según se ha indicado, debe cumplirse con su otorgamiento, máxime si se considera que el no conceder el descanso en dicho día no implica que se haya sobrepasado la jornada ordinaria de trabajo, con lo cual tampoco existiría derecho a sobresueldo.

En consecuencia, en mérito a lo expuesto, disposición legal citada y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que en el evento de existir infracción al inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, tratándose de trabajadores comprendidos en el Nº 7 del inciso 1º de la misma norma, el empleador debe, necesariamente, conceder en forma retroactiva el o los días de descanso en día domingo no otorgados en su oportunidad.

Saluda a Ud.,



*Maria Ester Ferres Nazarala*  
MARIA ESTER FERES NAZARALA  
ABOGADA  
DIRECTORA DEL TRABAJO

*Jfr*

EAH/emoa

**Distribución:**

Jurídico, Partes, Control, Boletín, Dptos. D.T.,  
Subdirector, U. Asistencia Técnica, XIIIª Regiones,  
Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social,  
Sr. Subsecretario del Trabajo.