

Alerta Laboral

Ley de Inclusión Laboral. Dictamen de la Dirección del Trabajo complementando aspectos de la ley de inclusión y sus respectivos reglamentos.

I. Antecedentes

Con fecha 12 de diciembre de 2018, la Dirección del Trabajo dictó el Ord. N° 6245/045 que complementa lo indicado por otros dictámenes de la misma dirección, la Ley N° 21.015 que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral (en adelante “la ley” o “ley de inclusión”) y sus reglamentos.

La importancia de este dictamen viene dado, por cuanto busca despejar una serie de interrogantes, que la misma dirección no había tratado en sus dictámenes anteriores respecto a la aplicación práctica de la ley de inclusión y sus reglamentos.

II. Temas analizados por el Dictamen

2.1. Contabilización y comunicación del número de trabajadores en la empresa, para efectos de cumplir con el 1% establecido en la ley.

Las empresas con 100 o más trabajadores deberán tener contratadas a un número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, que representen, a lo menos, a un 1% del total de los trabajadores de la empresa.

En el caso de las empresas con 100 y hasta 199 trabajadores, esta obligación entrará en vigencia a partir del 01 de abril de 2019. En el caso de las empresas con 200 o más trabajadores, esta obligación comenzó a regir a partir del 01 de abril de 2018.

En el caso de la primera comunicación electrónica a efectuarse por las empresas de 200 o más trabajadores durante el mes de enero de 2019, comprenderá el periodo entre el 01 de abril y 31 de diciembre de 2018 o desde el inicio de actividades de la empresa, si fue posterior al 01 de abril de 2018.

En la referida comunicación electrónica anual a efectuarse en el mes de enero, las empresas deberán informar lo siguiente:

1. Número total de trabajadores de la empresa al último día de cada uno de los meses comprendidos en el año calendario anterior. Si la empresa fue considerada como un solo empleador, deberá comunicarse el número total de trabajadores del conjunto de las empresas.
2. Número total de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que estuvieron contratadas en cada mes calendario. Si la empresa fue considerada como un solo empleador, deberá comunicarse el número total de trabajadores, personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que estuvieron contratadas por el conjunto de las empresas.

Sobre la base de la información contenida en esta comunicación electrónica anual del mes de enero, la Dirección del Trabajo determinará, en primer lugar, si la empresa estuvo obligada a cumplir con la reserva legal de contratación (1%) y posteriormente, el número de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez que debieron haber sido contratadas en el periodo anual calendario inmediatamente anterior.

2.2 Naturaleza jurídica del contrato

El contrato a que se refiere la ley de inclusión debe necesariamente ser un contrato de trabajo, por lo que no cumpliría con la ley si la persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez es contratada bajo un contrato civil, comercial o de cualquier otra naturaleza no laboral.

En cuanto al tipo de contrato de trabajo, la dirección señala que pueden ser todos los tipos de contrato de trabajo que establece la legislación laboral.

2.3 Jornada de trabajo

Las partes contratantes tienen libertad para pactar la jornada de trabajo dentro de los límites legales en cuanto a duración y distribución de la misma, en atención tanto a la naturaleza, condiciones físicas, mentales y sensoriales del trabajador.

En consecuencia, para efectos del cumplimiento de la ley, no existe un tipo de jornada especial o mínima que se deba cumplir, debiendo las empresas atenerse a las reglas generales en esta materia.

2.4 Procedencia legal de solicitar a trabajadores y/o postulantes a un empleo documentos, que acrediten su condición de personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez.

En primer lugar, la certificación de la discapacidad sólo será de competencia de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o bien mediante el comprobante de inscripción en el Registro Nacional de la Discapacidad. Por otro lado, la condición de asignatario de una pensión de invalidez deberá ser acreditada mediante el respectivo certificado de la institución previsional que otorga legalmente dicha pensión.

Ahora bien, la dirección señala que resulta manifiesto que la información relativa a la discapacidad de una persona o si es asignataria de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional debe ser considerada como un dato sensible y, por lo tanto, su tratamiento debe realizarse de forma restrictiva.

La consecuencia práctica de lo anterior es que los empleadores no pueden acceder a esta información, a menos que cuenten con el consentimiento del titular de ella, esto es, la persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez.

En cuanto a la posibilidad que tienen los empleadores de solicitar información a sus trabajadores o a personas que estén postulando a un empleo referentes a su estado de discapacidad o a ser asignatarias de una pensión de invalidez, la dirección considera que dicha solicitud se ajusta a derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el trabajador o postulante puede negarse a proporcionar dicha información sin fundamentar su negativa, por tratarse de una decisión propia de la esfera de intimidad de cada persona.

2.5 Entrada en vigencia de las disposiciones relativas al registro de los contratos de trabajo.

Por regla general, el empleador tiene 15 días hábiles para registrar en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional.

Sin perjuicio de lo anterior, desde el 01 de abril de 2018 y hasta el 01 de abril de 2019 las empresas con 200 o más trabajadores disponen de 6 meses para registrar los contratos de trabajo de personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez, contados desde su respectiva contratación.

La Dirección del Trabajo precisa que no resulta necesario contar con el consentimiento del trabajador para registrar el contrato de trabajo de la persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez.

2.6 Sentido y alcance de “razones fundadas” respecto a las medidas alternativas de cumplimiento.

La nueva ley establece cuáles son las únicas dos razones fundadas que, excepcionalmente, permiten no cumplir con la reserva legal del 1%.

1. La naturaleza de las funciones que realiza la empresa. Para que opere esta excepción deberá tratarse de una empresa cuya totalidad de actividades, funciones, servicios y cargos requieren de especialidades, habilidades, técnicas y aptitudes que no permitan ser desarrolladas por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez.
2. La falta de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez interesadas en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador. Respecto a la publicación, la dirección señala que la oferta de empleo, necesariamente deberá realizarse con suficiente duración y antelación a la comunicación electrónica que las empresas deben enviar a la Dirección del Trabajo en enero de cada año.

2.7 Respecto a la celebración de contratos con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.

Una de las medidas de cumplimiento alternativo en caso que la empresa no pueda cumplir con la obligación legal del 1%, es la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.

El monto anual de estos contratos de prestación de servicios no podrá ser inferior al equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales respecto de cada trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez, que debió ser contratado directamente por la empresa.

En el caso del año 2018, el monto anual proporcional del contrato asciende a dieciocho ingresos mínimos mensuales respecto de cada trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez.

Por otro lado, la dirección establece que, para efectos de cumplir válidamente con la medida alternativa en comento, los servicios deben necesariamente ser prestados para las empresas obligadas directamente conforme, en forma total o parcial, por un trabajador con discapacidad o asignatario de una pensión de invalidez, por lo cual dicha empresa empleadora deberá contar con la información identificatoria de cada respectivo trabajador.

Este trabajador puede estar contratado bajo el régimen de subcontratación o bien bajo la modalidad de suministro.

2.8 Lugar físico donde deben prestarse los servicios por las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez y contabilización de los trabajadores.

Respecto al trabajador en régimen de subcontratación, no se requiere necesariamente que los servicios se presten en las dependencias de la empresa principal, sino que solamente se requiere que la empresa principal sea dueña de la respectiva obra, empresa o faena, entendiéndose por tal que los servicios prestados correspondan a actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección.

A igual conclusión arriba la dirección respecto de los trabajadores contratados bajo el mecanismo del suministro de trabajadores.

Respecto a la contabilización de los trabajadores, se establece, que un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez, podrá ser considerado para efectos del cumplimiento de la Ley N° 21.015, tanto por su empleador directo como por las empresas que contrataron servicios con dicho empleador durante el año.

Sin perjuicio de lo anterior, la dirección señala que tomará los resguardos, para que un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión no sea abusivamente considerado por varias empresas empleadoras o varias empresas usuarias o principales, lo cual se fiscalizará caso a caso.

Ahora bien, desde la perspectiva de la empresa principal o usuaria, resulta procedente que un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión pueda estar suministrado a dos o más empresas o que trabaje bajo régimen de subcontratación para dos o más empresas.

2.9 Respeto al cumplimiento alternativo mediante donación.

Respecto a la donación como medida de cumplimiento alternativo, se establece que *“el monto anual de las donaciones efectuadas no podrá ser inferior al equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales, ni superior a doce veces el límite máximo imponible respecto de cada trabajador que debía ser contratado por la empresa”*.

Durante el primer año de vigencia de la ley, se considerará a las donaciones efectuadas por empleadores entre el 01 de abril y 31 de diciembre de 2018, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley y sus reglamentos. Para el año 2018 debe considerarse como ingreso mínimo mensual la suma de \$288.000.

De esta forma, el proporcional para el año 2018 sería equivalente a \$5.184.000 por trabajador como mínimo y a UF 704,7 (19.600.000 aprox.) como monto máximo considerando el tope imponible.

2.10 Exigibilidad de cumplimiento.

La comunicación electrónica que las empresas deban efectuar en enero de 2019 deberá incluir toda la información referida al año calendario 2018, en particular desde el 01 de abril al 31 de diciembre de 2018, informando el número total de trabajadores vigentes al último día de cada mes calendario.

Con la información señalada la dirección calculará el promedio respectivo del número total de trabajadores de la empresa, el cual a su vez permitirá determinar si la empresa estuvo obligada a cumplir con la reserva del 1% y cuál es el 1% de trabajadores con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez que la empresa debió haber contratado durante el año anterior.



III. Sanciones

Si bien el dictamen en comento de la Dirección del Trabajo no hace mención a las multas a que se verán enfrentados los empleadores que incumplan con la obligación del 1% establecida en la ley, existen una serie de posibilidades que se barajan para ello:

1. Que la multa se curse por infracción cometida. En este caso, podría darse el caso que la multa sea menor que las medidas de cumplimiento alternativo que establece la ley, vulnerando claramente el espíritu de la ley.
2. Que la multa se curse por trabajador. Este sería el caso más acorde con el espíritu de la ley, pues significaría un desembolso más gravoso para la empresa que los cumplimientos alternativos y por tanto el cumplimiento de estas sería mayor.
3. Que la multa se curse por trabajador y por mes. Al igual que el caso anterior, desincentivaría a las empresas a no cumplir con la ley, ya que las multas podrían ser de sumas más altas que los casos de cumplimiento alternativo.

Finalmente, hay que esperar a un pronunciamiento formal de la Dirección del Trabajo a este respecto para mayor claridad de los empleadores.

Para ampliar el contenido de alguno de los temas indicados y evaluar las implicancias en su empresa, no dude en contactarse con nosotros.



Michel Laurie

Abogado, Senior Manager Servicios Laborales
PwC Chile
michel.laurie@cl.pwc.com
(56)2 2940 0149



© 2019, PricewaterhouseCoopers Consultores, Auditores SpA. Todos los derechos reservados. Prohibida su reproducción total o parcial. "PwC" se refiere a la red de firmas miembros de PricewaterhouseCoopers International Limited, cada una de las cuales es una entidad legal separada e independiente.

 /pwc.cl

 @PwC__Chile

 /pwcchile

 /pwc_chile

 /company/pwc-chile