

CAMBIO DE CRITERIO DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

LEY DE INCLUSIÓN LABORAL N°21.015

Con fecha 30 de diciembre de 2020 la Dirección del Trabajo, a través del Ordinario N°3376/035, se pronunció respecto al cumplimiento de la obligación laboral de la ley de inclusión laboral (en adelante la “Ley”) reconsiderando doctrina anterior.

A través del presente boletín informamos las principales novedades.

1. Forma de contabilizar y comunicar el número de trabajadores en la empresa para efectos de cumplir con el 1%.

El artículo 157 bis del Código del Trabajo dispone que las empresas con 100 o más trabajadores **deberán contratar o mantener contratadas** a un número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, que representen a lo menos un 1% del total de los trabajadores de la misma empresa.

Anteriormente la manera de cumplir la Ley se refería a que, como resultado de la información proporcionada por la empresa- a través de la comunicación electrónica enviada a la Dirección del Trabajo- las contrataciones exigidas a personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez **debieron haberse realizado en el año calendario anterior a la comunicación en cuestión**, es decir, esto es un cumplimiento retroactivo de la Ley.

Con este cambio de criterio, la Dirección del Trabajo señala la manera de cumplir rige hacia el futuro, esto quiere decir que el número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez **deben ser contratadas en el mismo año calendario en que se presenta la comunicación a la Dirección del Trabajo**, cambiando el criterio de interpretación de la Ley.

A mayor abundamiento, precisa que las empresas obligadas al cumplimiento de la Ley deberán enviar una comunicación electrónica a la Dirección del Trabajo en enero del mismo año, que deberá incluir lo siguiente:

- a. Número total de trabajadores en la empresa
- b. Número total de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, que **deben ser contratadas**.
- c. Número de contratos vigentes que mantienen con personas con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez
- d. En caso que corresponda, las razones fundadas por la que la empresa se vea impedida de cumplir total o parcialmente la obligación de contratación y la medida alternativa de cumplimiento adoptada.

Para determinar el número de personas con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez se debe realizar el siguiente cálculo.

- Se debe considerar el total de trabajadores contratados en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, o bien una fracción de aquel, en el caso que la empresa haya iniciado sus actividades con posterioridad a la primera de las fechas antes señaladas, del año calendario anterior a aquel en que se presenta la comunicación electrónica a la Dirección del Trabajo.
- El número total de trabajadores de la empresa equivaldrá a la suma del número de trabajadores de cada mes, dividido por 12, o por el número de meses que corresponda, en caso de haber iniciado actividades en forma posterior al 1 de enero. El número de trabajadores de cada mes debe corresponder al número total de trabajadores de la empresa al último día del mes respectivo.
- Una vez obtenido el número de trabajadores contratados por la empresa en el año calendario anterior, o bien una fracción del mismo, corresponderá calcular el 1% de las personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez.

Esto quiere decir, que el referido cumplimiento es a partir de la comunicación anual proporcionada por la empresa, en el mes de enero que tenga contratados a 100 o más trabajadores. No obstante, lo anterior, **la obligación se hace exigible SOLO en aquellos meses en que la empresa tenga un total de 100 o más trabajadores contratados.**

Por ejemplo, si el promedio de trabajadores de una empresa durante el año 2021 fue de 200 trabajadores, durante el mismo año en que se haya hecho la comunicación- esto es el 2022- estará **obligado a contratar o mantener contratados** a 2 trabajadores con discapacidad y/ o asignatarios de una pensión de invalidez, **SOLO aquellos meses en que la empresa tenga un total de 100 o más trabajadores contratados.**

Por lo tanto, a partir de la comunicación electrónica que se realizará en el mes de **enero del año 2022** la obligación de cumplimiento de la Ley será exigible aquellos meses del año en que se **realizó la comunicación** por la empresa con 100 o más trabajadores. Esto quiere decir que a contar del año 2022 rige el criterio nuevo.

En tanto, en lo que respecta a la comunicación del mes de enero del 2021 el cumplimiento de la obligación será exigido respecto de los meses del 2020 en que **se tuvo** contratados 100 o más trabajadores (este año rige el criterio antiguo).

2. Sentido y alcance de expresión “razones fundadas” contenida en el artículo 157 del Código del Trabajo.

Se debe tener presente que a contar del mes de abril del 2020 el uso de medidas alternativas requiere de razones fundadas, las cuales deberán incluirse en la comunicación electrónica correspondiente a enero del año 2021.

Las maneras alternativas de cumplimiento de la Ley son:

- a. Celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad
- b. Efectuar donaciones en dinero a proyectos o asociaciones

En este sentido, existen la Ley reconoce sólo 2 tipos de razones fundadas:

- Primer tipo de razón fundada: *La naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa.*

Se entenderá que se configura esta circunstancia cuando, por sus características o especialidad, los procesos o actividades de la empresa no pueden ser desarrollados por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez. Sobre esta razón fundada la Dirección del Trabajo ha señalado que deberá ser acreditado por el empleador y se tratará de un asunto casuístico.

Junto con lo anterior, para que opere la excepción debe tratarse de una empresa cuya totalidad de actividades, funciones, servicios y cargos requieran **especialidades, habilidades técnicas y aptitudes** que no permitan ser desarrolladas por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez. Así entonces cuando dichas **circunstancias sólo puedan aplicarse parcialmente**, debe interpretarse que **no** existe razón fundada.

De esta forma, la Dirección del Trabajo concluye que para que opere la excepción debe tratarse de una empresa cuya **totalidad** de actividades y procesos requieren una habilidad o precisión y que la hace única en el **ámbito de la función que realiza**, que en ningún caso puede ser desarrollada por una persona con discapacidad.

A mayor abundamiento la ponderación que realizará la Dirección del Trabajo en materia de fiscalización comprenderá diferentes documentos y antecedentes:

- i) Reglamento Interno de Orden higiene Y Seguridad, en empresas de más de 200 trabajadores que consignen diversos cargos con características esenciales del mismo
 - ii) Contratos individuales e instrumentos colectivos
 - iii) Materias referidas a la protección a la vida y salud de los trabajadores, y en especial aquellas relacionadas con el incumplimiento de tales medidas
 - iv) Formularios N° 4415 y 3239 del SII, donde contiene declaración jurada de inicio de actividades y modificación y actualización de la información.
 - v) Informe técnico emitido por organismos administradores cuando califiquen que determinada faena es superior a las fuerzas del trabajador, o que pueden comprometer su salud o seguridad.
- Segundo tipo de razón fundada: *“Falta de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional interesadas en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador”*

La empresa que justifique la razón fundada derivada de falta de interés de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez deberá acreditar en la comunicación electrónica realizada a la Dirección del Trabajo, la circunstancia de haberse verificado que **no** han existido postulaciones que cumplan el perfil requerido en la publicación de las ofertas de empleo en la Bolsa Nacional de Empleo, o por cualquier otra plataforma de acceso a público.

3. Oportunidad en que han de ser exigidas al empleador las medidas alternativas de cumplimiento.

La Dirección del Trabajo analizando la jurisprudencia administrativa y la normativa laboral señala que la Ley puede ser cumplida de manera directa, es decir a través de la contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, como también de manera alternativa. El cumplimiento alternativo puede ser a través de la celebración de contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones o corporaciones.

En ambos casos, sea de manera directa o alternativa, se harán exigibles únicamente en aquellos meses en que de acuerdo a la comunicación electrónica la empresa tiene contratados a 100 o más trabajadores.

Debido al cambio de doctrina se deben distinguir 2 escenarios para acreditar el cumplimiento:

- a. Hasta el año 2021 inclusive el cumplimiento deberá acreditarse sobre los meses del año calendario anterior que tuvo contratados 100 o más trabajadores
- b. A partir del año 2022 el cumplimiento deberá acreditarse sobre los meses del año en curso que la empresa tenga contratados 100 o más trabajadores

4. Respecto de si los contratos suspendidos, sea por acto de autoridad o por pacto de suspensión temporal de contrato, deben ser contabilizados para efectos de determinar el número de trabajadores que deban ser contratados para cumplir con la ley 21.015 que “Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral”

La Dirección del Trabajo precisa que la finalidad buscada por el legislador en la ley 21.227 fue asegurar la subsistencia de fuentes de empleo afectadas por la emergencia sanitaria y proteger los puestos de trabajo. En este sentido, los efectos que se deriva de la suspensión temporal son la obligación de prestar servicios y pagar la remuneración convenida. En consecuencia, el órgano administrativo laboral señala que los efectos expresamente señalados son los descritos y no la extinción del vínculo laboral.

En consecuencia, los contratos de trabajo suspendidos temporalmente por acto o declaración de autoridad, cómo aquellos objetos de pacto de suspensión temporal **deben ser contabilizados para efectos de determinar el número total de trabajadores.**