

DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K. 2054 (456) 2018

1617 - 025

ORD.: 1

MAT.: Al tenor del inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, en relación al artículo 2° del cuerpo normativo citado, no se ajusta a derecho la publicación de ofertas de trabajo en las que específicamente se establezca como requisito o "condición excluyente" para postular al cargo o trabajo ofrecido por el empleador, la condición de persona con discapacidad o asignataria de pensión de invalidez, por cuanto aquello constituiría una barrera de postulación artificial, que no resulta razonable, y en consecuencia, un acto de discriminación arbitrario que podría eventualmente constituir una desigualdad de trato, cuya protección se encuentra recogida en la normativa laboral, que establece como límite infranqueable para el empleador, la afectación a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, y en virtud de la finalidad promocional de la ley N° 21.015, y la necesidad de convocar e integrar la inclusión de personas con discapacidad, otorgada por el legislador, al trabajo formal, no existe inconveniente jurídico para que la publicación de la oferta de trabajo contenida en el inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, se haga en el marco o en referencia de la ley N° 21.015, que "Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral".

ANT.: 1) Instrucciones de Jefe de Departamento Jurídico, de 28.03.2018.

2) Pase N° 296, del Director del Trabajo (S), de 23.02.2018.

3) ORD. 198-3, del Subsecretario del Trabajo (S), de 20.02.2018.

FUENTES: Artículos 1°, 5°, 6°, 19 N° 2 y N°16, de la Constitución Política de la República; artículos 2°, 157 bis y 157 ter del Código del Trabajo; artículo 7° literal b) del Decreto N° 64, de 20.11.17,

29 MAR 2018

publicado en el Diario Oficial el 01.02.18, que "Aprueba Reglamento del Capítulo II "De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad", del Título III del Libro I del Código Del Trabajo, Incorporado por la Ley N° 21.015, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral", del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; artículos 1° y 7° de la ley N° 20.422, que "Establece Normas Sobre Igualdad De Oportunidades E Inclusión Social De Personas Con Discapacidad", de 2010; y artículo 2° de la ley N° 20.609, que "Establece Medidas Contra la Discriminación", de 2012.

CONCORDANCIAS: Ords. N° 2856/162, 30.08.2002, N° 3840/194, de 18.11.2002, 3704/134, de 11.08.2004, y N° 1300/30, de 21.03.2017.

SANTIAGO,

29 MAR 2018

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. SUBSECRETARIO DEL TRABAJO

Mediante presentación singularizada en el Ant. 3), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, en el marco de la ley N° 21.015, que *"Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral"*, y en especial, el nuevo artículo 157 ter del Código del Trabajo, en relación a la razón fundada que permite el cumplimiento alternativo de la obligación principal contenida en el artículo 157 bis del cuerpo legal citado, vinculada a la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado, por parte del empleador.

En ese contexto, se consulta sobre la procedencia de considerar cumplida dicha razón fundada, si la oferta dirigida a personas con discapacidad, especifica que aquella *"es una condición excluyente para aquellos o aquellas que postulen al puesto ofrecido"*.

Lo anterior, toda vez que como expresa la Subsecretaría, si bien la norma en cuestión no establece requisitos o condiciones específicas para invocar dicha razón fundada, aquella podría eventualmente significar *"un acto discriminatorio en el sentido de lo regulado por el artículo 2° del Código del Trabajo, pero, por otra parte podría enmarcarse en el contexto de una acción afirmativa que busca el cumplimiento de un deber legal"*.

Al respecto, cumpto en informar a Ud. lo siguiente:

El inciso 1° del artículo 157 bis, prescribe:

"Las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados, según corresponda, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asigntarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores".

A su turno, los incisos 1° y 2° del nuevo artículo 157 ter del Código del Trabajo, señalan:

"Las empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, deberán darle cumplimiento en forma alternativa, ejecutando alguna de las siguientes medidas:

a) *Celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.*

b) *Efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones a las que se refiere el artículo 2 de la ley N° 19.885".*

Sólo se considerarán razones fundadas aquellas derivadas de la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado".

Por su parte, el decreto N° 64, de 2017, que "Aprueba Reglamento del Capítulo II "De La Inclusión Laboral De Personas Con Discapacidad", del Título III del Libro I del Código Del Trabajo, incorporado por la ley N° 21.015, que Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral", del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en el artículo 7°, del Título III, denominado "Medidas subsidiarias de cumplimiento", prescribe:

"Las empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación establecida en el artículo 157 bis del Código del Trabajo deberán cumplirla subsidiariamente.

Sólo se consideran razones fundadas las siguientes:

b) *La 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.*

Se entenderá que se configura esta circunstancia cuando el empleador haya publicado sus ofertas de empleo a través de la Bolsa Nacional de Empleo creada por la ley N° 19.728, o por cualquier otro medio, sistema o plataforma de acceso público de información e intermediación laboral, y no haya recibido postulaciones que cumplan el perfil requerido y que correspondan a personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez.

El empleador deberá acreditar que realizó la publicación de las ofertas de empleo y que no recibió postulaciones que cumplan el perfil requerido. Si el empleador publicó sus ofertas a través de la Bolsa Nacional de Empleo, la sola certificación que ésta otorgue acreditará estas circunstancias".

De la norma transcrita se colige, según lo precisado en el dictamen Ord. N° 1613/024, de 29.03.2018, que para que opere la norma de excepción, la oferta de trabajo que efectúe el empleador deberá reunir los siguientes requisitos:

1) *La oferta de trabajo deberá ser publicada ya sea, a través de la Bolsa Nacional de Empleo, creada por la ley N° 19.728, de 2001, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que "Establece un Seguro de Desempleo"; o cualquier otro medio de información, o sistema o plataforma de acceso público de información e intermediación laboral.*

A su vez, la forma amplia como se encuentra redactada la norma, permite sostener que el medio de información utilizado puede ser gráfico, visual, escrito, radial, o vía web, de acceso público e intermediación laboral.

2) *Que la oferta de trabajo se publique con el perfil requerido para el cargo o función en la empresa, conteniendo sus características técnicas esenciales.*

Precisado aquello, para configurar esta excepción, el empleador deberá acreditar que respecto de estas ofertas de trabajo publicadas, no recibió postulaciones que cumplan el perfil requerido y que, además, aquellas

postulaciones correspondan a personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez.

En ese sentido, -concluyó la jurisprudencia administrativa citada-, *“no existe inconveniente jurídico para que la publicación de la oferta de trabajo se haga en el marco o en referencia de la ley N° 21.015, que “Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral.*

Lo anterior, en virtud de la finalidad promocional de esta ley y la necesidad de convocar e integrar la inclusión de personas con una calificación especial, otorgada por el legislador, al trabajo formal”.

Precisado aquello, corresponde pronunciarse si al tenor de la consulta efectuada, el hecho de contener la oferta de trabajo incluida en la ley N° 21.015, una mención específica a personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, puede entenderse una condición excluyente para postular al cargo que se oferta.

Al respecto cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

La Constitución Política de la República, en el Capítulo III denominado *“De los Derechos y Deberes Constitucionales”*, artículo 19 *“asegura a todas las personas”*, N° 16, incisos 1°, 2° y 4°:

“La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

Del precepto constitucional precedentemente transcrito se colige que la Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho a toda persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, de suerte tal que el trabajador puede decidir libremente la actividad por él a desarrollar.

Asimismo, se deduce que ninguna labor o servicio puede ser prohibida, a menos que sea contraria a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

A su vez, el inciso 3°, del numeral 16 del artículo 19 señala:

“Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

De la norma precedentemente transcrita es posible colegir que el derecho a no ser objeto de discriminación se encuentra recogido en la propia Constitución como un derecho fundamental, mereciendo, por tanto, la máxima atención y protección por los órganos del Estado.

Luego, el precepto constitucional analizado, se recoge, en materia laboral, en el artículo 2° del Código del Trabajo, que en sus incisos tercero y cuarto, disponen:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación,

religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”.

Al respecto, se debe indicar que la “discapacidad” se incluyó expresamente en el catálogo de actos de discriminación, en el ámbito laboral, con la reforma incorporada por la ley N°20.940, de 2016, que “Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales”, que en su artículo 1° numeral 1), dispuso la modificación del artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, intercalando nuevas situaciones como constitutivas de actos de discriminación.

A su turno, a través del dictamen N° 1300/30, de 21.03.2017, de este Servicio, se expresó “que la modificación normativa en análisis responde a dos objetivos:

1. *La promoción del derecho fundamental de la no discriminación en materia laboral, y*

2. *Concordar la definición de actos de no discriminación, contenida en el precitado artículo 2°, con lo prescrito por la Ley N°20.609”.*

En ese sentido, dicha jurisprudencia, desarrollando el primer objetivo, citó el dictamen N° 3704/134, de 11.08.2004, de este Servicio, señalando:

“Nuestro ordenamiento constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, reconoce como valor superior de nuestro sistema jurídico el principio de igualdad. El artículo 1° de la Norma Fundamental, en su inciso primero dispone: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; y el artículo 19 N° 2 que: “La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley”. La Constitución Política efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad, ... conformándose de esta manera, una verdadera «trilogía ontológica», ... que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (Ord. N° 2856/162, 30.08.2002).

Dicho principio inspirador y modelador de nuestra convivencia nacional es recepcionado, con individualidad propia según se verá, en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo no discriminación”.

Agrega, “De esta manera, nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, en particular a lo prevenido en el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, instrumento éste que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental”.

Conforme a lo anterior, como segundo objetivo el dictamen N° 1300/30, de 21.03.2017, precisa que aquel “dice relación con la incorporación a la definición de actos de discriminación de aquellas categorías, contempladas por la Ley N°20.609 -que establece medidas contra la discriminación-, que no se encontraban recogidas por la legislación laboral.

En este sentido, se incorporan al referido inciso cuarto del artículo 2°, del Código de Trabajo, como supuestos discriminatorios: la situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad y discapacidad”.

En armonía con lo anterior, se agrega en esta materia, las normas contenidas en la *“Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad”*, de 1999, promulgada a través del Decreto N°99, de 25.03.2002, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y la *“Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*, de 2008, ratificada por el Estado de Chile y promulgada mediante el decreto N° 201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por su parte, el inciso 6°, del artículo 2° del Código del Trabajo, que se refiere específicamente a la discriminación en el acceso al empleo, en especial, a las ofertas de trabajo, dispone:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

En ese sentido, la Dirección del Trabajo, en su jurisprudencia administrativa, Ordinario N° 3840/194, de 18.11.2002, ha precisado *“porque si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5° y 6° de la Constitución, ha expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5° del Código del Trabajo, que “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.*

De lo anterior se colige, en términos generales, que cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador, para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.

Precisado lo anterior, para efectos de fijar el sentido y alcance de las normas de la ley N° 21.015, denominada *“De La Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad”*, que modifica el título III del Libro I del Código del Trabajo, debemos recurrir a la ley N° 20.422, *-que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad-*, que en su artículo 1° señala *“El objeto de esta ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”.*

Luego, en virtud de su artículo 7° *“Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”.*

Enseguida, al tenor del inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, referido a las razones fundadas derivadas de *“la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado”*, en opinión de este Servicio, constituyen una convocatoria o propuesta, abierta a la generalidad de las personas.

A su turno, el artículo 7° literal b) del Reglamento de la ley N° 21.015, al desarrollar el contenido de la disposición legal precisa que se entenderá que se configura esta circunstancia cuando el empleador haya publicado sus ofertas de trabajo a

través de los medios descritos en la norma, y no haya recibido postulaciones que cumplan el perfil requerido y que correspondan a personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez.

De esta manera, lo determinante en la publicación de la oferta de trabajo es la descripción del cargo o perfil requerido para la empresa, conteniendo sus características técnicas esenciales. Aplica criterio dictamen Ord. N° 1613/024, de 29.03.2018.

Asimismo, el empleador para efectos de dar cumplimiento alternativo a la obligación contenida en el artículo 157 bis del Código del Trabajo, deberá acreditar que habiendo realizado la publicación de las ofertas de empleo no recibió postulaciones que cumplan el perfil requerido y que en ese caso, aquellas postulaciones correspondieron a personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez.


En ese sentido, podemos colegir que la oferta de trabajo, en los términos formulados por la ley N° 21.015, no podría establecer la discapacidad como requisito o "*condición excluyente*" para quienes postulen a dichas ofertas de trabajo, constituyendo aquello un acto de discriminación, por cuanto el concepto de igualdad de oportunidades, no puede significar eximir a un grupo determinado de los términos expresos establecidos en la propia ley laboral, al tenor del inciso 6° del artículo 2°, ubicado en el Título Preliminar del Código del Trabajo.

Lo anterior, teniendo presente además, que una interpretación en contrario permitiría abrir la posibilidad a que las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, pudiesen postular solo a determinados trabajos ofertados para aquellos, lo que no se ajusta al espíritu y finalidad de la nueva legislación de incluir a la vida del trabajo formal a aquellos o que incluso, se pudiese ofertar trabajos calificando o pre determinando distintos tipos de discapacidad para postular a aquellos, lo que no resulta coherente con el requisito del perfil requerido como elemento integrante de la oferta publicada por el empleador.

De esta manera, y en virtud de la consulta formulada, al tenor del inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, en relación al artículo 2° del cuerpo normativo citado, no se ajusta a derecho la publicación de ofertas de trabajo en las que específicamente se establezca como requisito o "*condición excluyente*" para postular al cargo o trabajo ofrecido por el empleador, la condición de persona con discapacidad o asignataria de pensión de invalidez, por cuanto aquello constituiría una barrera de postulación artificial, que no resulta razonable, y en consecuencia, un acto de discriminación arbitrario que podría eventualmente constituir una desigualdad de trato, y cuya protección se encuentra recogida en la normativa expuesta, que establece como límite infranqueable para el empleador, la afectación a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, y en virtud de la finalidad promocional de la ley N° 21.015, y la necesidad de convocar e integrar la inclusión de personas con una calificación especial, otorgada por el legislador, al trabajo formal, no existe inconveniente jurídico para que la publicación de la oferta de trabajo contenida en el inciso 2° del artículo 157 ter del Código del Trabajo, se haga en el marco o en referencia de la ley N° 21.015, que "Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral".

Saluda a Ud.



MAURICIO PEÑALOZA CIFUENTES
DIRECTOR DEL TRABAJO

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
29 MAR 2018
OFICINA DE PARTES

JFC/EP/AAV.

Distribución:

-Subsecretario del Trabajo

- Jefe de Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Subdirector del Trabajo
- Depto. Jurídico
- Depto. de Inspección
- Depto. de RRL
- Boletín
- Divisiones D.T.
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Partes
- Control