



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
E. 14782 (2247) 2018

Jurídico

ORD:

655

MAT.:

Informa consultas relacionadas con el cumplimiento alternativo previsto en el artículo 157 ter literal a) del Código del Trabajo, en relación al artículo 8° del decreto N°64, de 2017, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 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"*.

ANT.:

- 1) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de 29.01.2019.
- 2) Pase N° 89, del Jefe Asesores Director Nacional del Trabajo, de 17.01.2019.
- 3) Pase N° 11, del Jefe del Departamento Jurídico, de 14.01.2019.
- 4) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de 08.01.2019.
- 5) Instrucciones Jefe del Departamento Jurídico, de 19.12.2018.
- 6) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de la época, de 12.12.2018.
- 7) Correo electrónico de la Sra. Andrea Alvarez Leiva, de 26.11.2018.
- 8) Correo electrónico de abogado de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de 22.11.2018.
- 9) Correo electrónico de la Sra. Andrea Alvarez Leiva, de 20.11.2018.
- 10) Presentación de doña Andrea Alvarez Leiva, en representación, de la empresa Oleo Spa Empresas SpA., de 04.10.2018.

SANTIAGO,

19 FEB 2019

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A : SRA. ANDREA ALVAREZ LEIVA
OLEO SPA EMPRESAS SPA
aaalvarez@derecho.ucsc.cl

Mediante documento singularizado en el ANT.10), se ha solicitado, un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, en orden a revisar un modelo de "contrato de prestación de servicios", que suscribirá la empresa recurrente con un tercero, en el marco del artículo 157 ter, literal a) del Código del Trabajo, incorporado por la ley N° 21.015 que "Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral".

Agrega la usuaria en base a este documento, una serie de preguntas relacionadas a las obligaciones de la empresa obligada directa, en materia de seguridad de los trabajadores, respecto de las empresas que le prestan servicios; naturaleza jurídica de la relación entre ambas empresas; y tipo de contrato que debe registrar en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo para efectos del cumplimiento de la ley.

Además, consulta sobre el procedimiento para certificar su calidad de empresa inclusiva.

Finalmente, pregunta sobre la jornada de trabajo que deberán cumplir los trabajadores que cumplen funciones de "masoterapeuta" a tiempo parcial, en las distintas empresas con las que pretende suscribir dichos acuerdos y la forma de registrar dichos contratos.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud., lo siguiente:

El D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica que estructura y fija funciones de la Dirección del Trabajo, en el literal b) inciso 2° de su artículo 1°, establece que le compete, "Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo".

Por su parte, el artículo 5°, letra b), del cuerpo legal citado, dispone:

"Al Director le corresponderá especialmente:

b) Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros servicios u organismos fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento".

A su vez, el artículo 11 letra c) del mismo cuerpo normativo orgánico, otorga al Departamento Jurídico la función de:

"c) Evacuar consultas legales. La respuesta que envuelve el cambio de doctrina o que se refiere a materias sobre las cuales no haya precedente, deberá ser sometida a la aprobación del Director y necesariamente deberá llevar la firma de éste. En los otros casos bastará la firma del Jefe del Departamento Jurídico y se entenderá, no obstante, que el dictamen emana de la Dirección del Trabajo;"

A su turno, el inciso 1° del artículo 505 del Código del Trabajo prescribe:

“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.

Ahora bien, del análisis de las disposiciones en comento, se desprende claramente que la facultad interpretativa otorgada por el legislador a esta Dirección se encuentra radicada en el Director del Trabajo, quien está facultado para fijar el sentido y alcance de la legislación y reglamentación laboral y social, limitada al marco que le señala la propia ley orgánica.

Por su parte, el artículo 1° del Código del Ramo, a través de una norma de competencia, señala *“las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”*, lo que determina, precisamente, el ámbito de atribuciones respecto del que corresponde pronunciarse, a este Servicio.

Señalado lo anterior, cumpla con informar a ud. que, al tenor de la normativa citada, este Ente Fiscalizador carece de competencia para pronunciarse respecto de las condiciones pactadas en un *“contrato de prestación de servicios”*, así como las eventuales controversias que pudiesen suscitarse entre las partes contratantes derivadas de la ejecución de contratos de carácter civil o mercantil, como en este caso, excediendo el ámbito de atribuciones conferidas al tenor de las normas invocadas, una decisión en contrario.

1) Ahora bien, en relación a su primera y segunda consulta, esto es, la *“responsabilidad”* de la empresa contratante, en materia de seguridad de los trabajadores de la parte recurrente que se desempeñarán en las instalaciones de aquella; y la *“figura jurídica”* que se crea entre ambas empresas, *“asumiendo –según lo expresado en su presentación- que no se configura la subcontratación”*, se debe indicar lo siguiente.

Como se ha señalado precedentemente, la potestad interpretativa de este Servicio comprende el fijar el sentido y alcance de las normas de carácter laboral y social, de modo tal que excluye de esta interpretación aquellas que no reúnan esas características, lo que en el caso concreto del contrato de prestación de servicios acompañado por Ud., se verifica al no constituir dicha relación un vínculo contractual de naturaleza laboral.

Precisado lo anterior, y analizada la norma en cuestión, cabe señalar que conforme a su contenido, para que opere el cumplimiento de la obligación alternativa contenida en el artículo 157 ter literal a) del Código del Trabajo, y 8° letra a) del Reglamento, se requiere un acuerdo contractual entre la empresa obligada directa y la o las empresas prestadoras de servicios, debiendo estas últimas tener contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, esto es, debe existir un vínculo de subordinación y dependencia entre aquellas y éstas.

A su vez, este acuerdo contractual debe materializarse en un contrato de prestación de servicios, debiendo ajustarse a las normas aplicables sobre la materia.

A su turno, se establece -como requisito de ejecución- que en el caso de cumplimiento de esta medida alternativa, la suma de trabajadores con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez contratados por la empresa en forma directa y los que a su vez contraten la o las empresas prestadoras de servicios de aquellas, sea, a lo menos, equivalente a la cantidad total de trabajadores que la empresa debía contratar en forma directa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 157 bis del Código del Trabajo.

Además, de dicha disposición se infiere la obligación de la empresa prestadora de servicios de registrar en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo los contratos de trabajo de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, con independencia del número total de sus trabajadores.

Luego, la empresa obligada directamente deberá acreditar ante este Servicio, el correcto cumplimiento de la obligación alternativa con los antecedentes que acrediten la individualización de la o las empresas con las cuales ha suscrito contratos de prestación de servicios y que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, monto anual y duración de estos contratos durante el año calendario respectivo.

Ahora bien, de las disposiciones examinadas se colige que para la empresa directamente obligada, no basta la sola celebración de un acuerdo contractual con la empresa prestadora de servicios que no incluya la participación del trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez en la ejecución del servicio contratado.

En ese sentido, la obligación principal será de la empresa obligada directa, permitiendo la disposición analizada el cumplimiento alternativo a través de un tercero, en este caso, una empresa prestadora de servicios, aprovechando la primera, los beneficios del trabajo efectuado por esta última con trabajadores con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez.

De ello se colige, entonces, a través de un análisis armónico de la preceptiva, que lo determinante en la hipótesis prevista en el artículo 157 ter letra a) del Código del Trabajo, es que la empresa obligada directa celebre un acuerdo contractual con una empresa prestadora de servicios, que a su vez tenga contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, en virtud de la que ésta se obliga a ejecutar para aquella, obras o servicios en las condiciones de trabajo previstas por el legislador laboral, al tenor del libro I, título VII del Código del Trabajo, esto es, en régimen de subcontratación.

De la misma manera, se incluye en la preceptiva señalada las actividades desarrolladas por empresas prestadoras de servicios, en calidad de empresas de servicios transitorios, definidas por el legislador laboral.

La conclusión anterior, atendido el hecho de que al tratarse de normas incorporadas al Código del Trabajo por la ley N° 21.015, su análisis debe resultar armónico con el resto de la normativa contenida en dicho cuerpo legal.

En razón de lo anterior, y de conformidad a lo resuelto en el dictamen 6245/047, de 12.12.2018, -cuya copia se acompaña-, *“no puede sino comprenderse que el vínculo jurídico laboral entre el trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez y la empresa externa prestadora de servicios debe ser de subcontratación o de suministro de empresa de servicios transitorios, toda vez que, en materia de relaciones laborales triangulares, el Código del Trabajo solamente contempla estas dos modalidades, sin que la Ley N° 21.015 haya creado alguna modalidad distinta en la cual pudiesen incluirse a los trabajadores con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez que prestan servicios que puedan calificarse como medida de cumplimiento alternativa”*.

A su vez, tratándose el cumplimiento alternativo contenido en la norma en cuestión, de una regla de excepción, su ejecución no podría significar en caso alguno una interpretación que no reflejara o se alejara de la finalidad de la ley, esto es, la contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, en el ámbito del trabajo formal.

En ese sentido, deberá tenerse presente al tenor de la doctrina contenida en el dictamen N° 141/05, de 10.01.2007, de este Servicio, los requisitos establecidos por el legislador en régimen de subcontratación, en el caso de prestaciones que impliquen habitualidad o permanencia, que a su haber son:

“a) Que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.

b) Que la empresa principal sea la dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollen los servicios o se ejecuten las obras objeto de la subcontratación.

Concluyendo el dictamen citado en este punto, *“que lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deben desarrollarse los servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, independientemente del lugar físico en que éstas se realicen”.*

Agrega, que en ese sentido, las actividades o servicios realizados por la empresa subcontratada, deberá *“corresponder a actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección”.*

c) Que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal dueña de la obra o faena, conforme al cual aquél se obliga a ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta última, y

d) Que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia”.

Luego, tratándose de empresas que ejecuten contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, a través de actividades elaboradas o desarrolladas en la obra, faena o empresa de propiedad de la obligada directa, puede señalarse que para efectos de determinar si respecto de aquel vínculo contractual concurren los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación señalados precedentemente, deberá analizarse caso a caso, a fin de determinar si en una situación concreta se está o no en presencia de una prestación bajo estas características, teniendo presente los antecedentes de que se disponga sobre el particular.

De esta manera, respecto de empresas que ejecuten contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, a través de actividades elaboradas o desarrolladas en la obra, faena o empresa de propiedad de la obligada directa, deberá estarse a las especificaciones propias de la prestación de servicios convenidos, debiendo darse estricto cumplimiento a las cláusulas del contrato de trabajo suscrito entre la entidad prestadora de servicios y el trabajador contratado con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez.

Finalmente, la empresa obligada a contratar personas con discapacidad, que ejecute dicha medida alternativa, deberá verificar que la empresa prestadora de servicios, tenga registrados los contratos de trabajo de las personas con discapacidad que trabajen para estas, en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, al momento de celebrar los contratos de prestación de servicios respectivos.

En lo que respecta a la responsabilidad en materia de seguridad, el artículo 183-E del Código del Ramo dispone que *“sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.*

A su turno, el artículo 184 del Código del Trabajo prescribe *“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.*

De esta manera, el Dictamen N° 5.469/292, de 12.09.1997, de este Servicio ha señalado que *“La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador”*. Agregando, a través de la doctrina contenida en el Ord. N° 4334/069, de 05.11.2014 que el empleador deberá adoptar todas las medidas necesarias e idóneas, que razonablemente, garanticen una eficaz protección al trabajador, previniendo todo riesgo al cual pueda verse expuesto en la ejecución de sus funciones.

En dicho contexto normativo, para que opere la medida alternativa prevista en el artículo 157 ter literal a) la empresa obligada directa deberá celebrar o ejecutar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez, al tenor de lo señalado en el presente informe.

2) Luego, la empresa recurrente pregunta por la información que las empresas prestadoras de servicios deben incorporar en el registro electrónico de los contratos de trabajos de personas con discapacidad, que administra este Servicio.

Al respecto, se debe indicar que al tenor del artículo 8° literal a) del Reglamento, las empresas que presten servicios a las empresas obligadas directas deberán tener registrados los contratos de las personas con discapacidad en el registro establecido en el artículo 5° del reglamento, con prescindencia del número total de sus trabajadores.

A su vez, al tenor del artículo 11 del Reglamento, la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades, podrá fiscalizar en forma presencial o por vía electrónica el cumplimiento de la obligación establecida en los artículos 157 bis y 157 ter del Código del Trabajo, pudiendo requerir a las empresas fiscalizadas la información necesaria para acreditar el correcto cumplimiento de la obligación.

Agrega, el inciso 2° de la citada disposición reglamentaria que *“cuando les sean requeridos, las empresas estarán obligadas a poner a disposición de la Dirección del Trabajo todos los antecedentes de que dispongan, especialmente los siguientes: “Individualización de la o las empresas con las cuales –la empresa obligada directa- ha suscrito contratos de prestación de servicios y que tengan contratadas personas con discapacidad, monto y duración de estos contratos”*.

3) Por otra parte, la parte recurrente consulta como certificar que su empresa es inclusiva.

Al respecto se debe indicar que si bien la materia consultada no se encuentra dentro del ámbito de competencia de este Servicio, para efectos de facilitar su conocimiento, se puede señalar lo siguiente:

El Ministerio de Desarrollo Social, a través de la SENADIS, - Servicio Nacional de la Discapacidad-, ha implementado el proyecto Sello Chile Inclusivo, que como lo señala sus bases, es un reconocimiento público que entrega el Gobierno de Chile a través de este Servicio a organismos públicos, organizaciones no gubernamentales y empresas privadas de todo tamaño o rubro, que demuestren ejemplaridad en materia de inclusión de personas en situación de discapacidad.

La postulación consiste en un proceso de evaluación, donde cada organización inscrita en la página web www.sellochileinclusivo.cl, entrega en línea medios de verificación específicos que respaldan la inclusión laboral y accesibilidad de su institución, en base a un conjunto de requerimientos establecidos por SENADIS. En función del cumplimiento de los medios de verificación, el equipo técnico de SENADIS otorga un puntaje que, de superar los ponderadores mínimos exigidos, determina la obtención del Sello Chile Inclusivo.

De esta manera, través de la página web <https://www.sellochileinclusivo.cl/resources/descargas/Guia de Postulacion 2017.pdf>, usted encontrará una guía práctica con las modalidades, categorías de postulación y requisitos específicos para, de estimarlo pertinente, postular a dicho reconocimiento.

4) Finalmente, la empresa solicitante consulta como informar las jornadas parciales de sus trabajadores con las empresas obligadas directas al tenor del artículo 157 ter literal a) del Código del Trabajo.

Al respecto se debe indicar que, a través del Ord. N° 3124, de 09.07.2018, cuya copia se acompaña, este Servicio concluyó luego del examen efectuado y observaciones formuladas que *“considerando que no existe una disposición legal que establezca un tratamiento diferenciado sobre la materia, y teniendo en cuenta el aforismo señalado precedentemente, se concluye que la jornada de trabajo de los trabajadores con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, contratados por una empresa que se encuentre en la hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 157 bis del Código Laboral, será aquella pactada por las partes, de conformidad al tratamiento general establecido por el legislador en materia de jornada de trabajo”*.

A su turno, el artículo 8° literal a), parte final del Reglamento señala que *“las empresas que presten servicios a las empresas obligadas deberán tener registrados los contratos de las personas con discapacidad en el registro establecido en el artículo 5° de este reglamento, con prescindencia del número total de sus trabajadores”*.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 5° de la norma reglamentaria prescribe que *“la Dirección del Trabajo, a través de una norma de carácter general, establecerá las modalidades y procedimientos para efectuar el registro electrónico”*.

De esta manera, este Servicio a través de la Resolución Exenta N° 0358, de 29.03.2018, que *“Estableció Modalidades y Procedimientos para Efectuar el Registro y Comunicación Electrónica de acuerdo con la ley N° 21.015”*, desarrolló en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, www.dt.gob.cl, una plataforma exclusiva para empleadores, que permite registrar los contratos de trabajo, sus modificaciones y el término de éstos de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier sistema previsional, así como también efectuar las comunicaciones electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en la ley N° 21.015, mecanismo que aplica para el registro de contrato de trabajo de las empresas prestadoras de servicios.

Así, tratándose del registro del contrato de trabajo suscrito entre estas últimas empresas y el trabajador con discapacidad, aquella deberá proceder de conformidad a las instrucciones previstas para tal efecto en dicho instructivo, indicando entre los *“datos generales del contrato”*, la *“duración de la jornada semanal de trabajo”* y el *“lugar de prestación de servicios”*.

Precisado lo anterior, al finalizar el registro, el sistema desplegará un comprobante de registro de contrato de trabajo para personas con discapacidad.

Finalmente, de conformidad a la doctrina contenida en el dictamen N° 6245/047, de 12.12.2018, citado precedentemente *“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 embargo, esta Dirección, tomará los resguardos en el registro electrónico de contratos de trabajo de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez y en la comunicación electrónica anual que debe efectuar cada empresa en el mes de enero, para que un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez no sea abusivamente considerado por varias empresas empleadoras o varias empresas usuarias o principales, lo cual se fiscalizará caso a caso, siempre teniendo presente el objetivo de incentivar la real inclusión laboral de personas con

discapacidad. No obstante, desde la perspectiva de la empresa principal o usuaria, este Servicio interpreta que resulta procedente que un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez pueda estar suministrado a dos o más empresas o que trabaje bajo régimen de subcontratación para dos o más empresas”.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1.- Al tenor de la normativa citada, este Ente Fiscalizador carece de competencia para pronunciarse respecto de las condiciones pactadas en un “contrato de prestación de servicios”, así como las eventuales controversias que pudiesen suscitarse entre las partes contratantes derivadas de la ejecución de contratos de carácter civil o mercantil, en el marco del artículo 157 ter, literal a) del Código del Trabajo, excediendo el ámbito de atribuciones conferidas al tenor de las normas invocadas, una decisión en contrario.

2.- Para que opere la medida alternativa prevista en el artículo 157 ter literal a) del Código Laboral, la empresa obligada directa deberá celebrar o ejecutar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatario de una pensión de invalidez, en los términos señalados en el presente informe.

3.- Al tenor del artículo 8° literal a) del Reglamento, las empresas que presten servicios a las empresas obligadas directas deberán tener registrados los contratos de las personas con discapacidad en el registro establecido en el artículo 5° de este instrumento normativo, con prescindencia del número total de sus trabajadores.

4.- El Ministerio de Desarrollo Social, a través de la SENADIS, -Servicio Nacional de la Discapacidad-, ha implementado el proyecto Sello Chile Inclusivo, que como lo señalan sus bases, es un reconocimiento público que entrega el Gobierno de Chile a través de este Servicio, a organismos públicos, organizaciones no gubernamentales y empresas privadas de todo tamaño o rubro, que demuestren ejemplaridad en materia de inclusión de personas en situación de discapacidad.

5.- El registro de los contratos de trabajo suscritos entre las empresas prestadoras de servicios y sus trabajadores con discapacidad, deberá considerar los antecedentes indicados en el presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


DAVID ODDO BEAS
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




MBA/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Partes
- Control

Incluye:

- Ord. N° 3124, de 09.07.2018.
- Ord. N° 6245/047, de 12.12.2018.