



DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCALÍA
UNIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS,
INNOVACIÓN Y ESTUDIOS LABORALES
K. 8777 (1778) 2018

1401

ORD.: _____

Juridico

MAT.: Informa al tenor de lo señalado en el dictamen N° 6245/047, de 12.12.2018, de este Servicio, que concluyó 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.

✓

- ANT.: 1) Instrucciones de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales, de 09.04.2019.
- 2) PASE N° 1523, de 20.12.2018, de Jefe de Asesores del Sr. Director Nacional del Trabajo.
- 3) ORD. N° 6245/047, del Director Nacional del Trabajo, de 12.12.2018.
- 4) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de la época, de 24.10.2018.
- 5) Presentación del Sr. Gonzalo Rivera Edwards, vicepresidente de Asociación Gremial de Administración y Externalización de Recursos Humanos AG. (AGEST)), de 03.08.2018.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

17 ABR 2019

A : SR. GONZALO RIVERA EDWARDS
VICEPRESIDENTE
ASOCIACIÓN GREMIAL DE ADMINISTRACIÓN Y EXTERNALIZACIÓN
DE RECURSOS HUMANOS AG. (AGEST)
CALLE ORINOCO N° 90, PISO 21
COMUNA DE LAS CONDES
REGIÓN METROPOLITANA

Mediante presentación singularizada en el ANT. 5), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, con el objeto de determinar la factibilidad de dar cumplimiento al artículo 157 bis del Código del Trabajo, de la manera propuesta por la empresa recurrente, esto es, contabilizando en la cuota legal de contratación de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de

invalidez, que corresponde cumplir a las empresas usuarias, los trabajadores transitorios con discapacidad que se pongan a su disposición, por parte de una Empresas de Servicios Transitorios.

A su vez, solicita restringir *“la contabilización de la cuota de los trabajadores con discapacidad de las Empresas de Servicios Transitorios, limitándola estrictamente a su cuadro permanente”*.

Agrega la peticionaria, que al tenor del concepto *“ajustes necesarios”* definido en el artículo 8° inciso 3°, de la ley N° 20.422 que *“Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad”*, *“para efectuar los ajustes necesarios debe haberse realizado en forma previa una evaluación integral del puesto de trabajo de que trate”*.

Precisado lo anterior, la Asociación sostiene que *“el problema se plantea, atendida la particular naturaleza jurídica del vínculo que se genera entre la Usuaría y el Trabajador Transitorio, en el que el lugar de prestación de los servicios de este último se encuentra en las instalaciones de la Empresa Usuaría, que es la acreedora de trabajo a su respecto”*.

Añade, que el costo tanto de la evaluación integral del puesto de trabajo, como los ajustes necesarios de aquel, debe asumirlo la empresa usuaria, lo que en su opinión, actuaría como un desincentivo, pues significaría *“una barrera de entrada para dichos trabajadores al mercado del trabajo si es que esto no se asocia a un incentivo para la empresa usuaria...”*.

Finalmente, concluye que en la *“realidad nacional, debiera optarse por una solución análoga a la española, incentivando a las empresas usuarias con la posibilidad de contabilizar dentro de su cuota a los trabajadores transitorios con discapacidad que se pongan a su disposición, lo cual constituye una adecuada retribución a la obligación que deben asumir en lo que respecta al costo que deben sufragar para poder concretar la evaluación integral del puesto de trabajo y los ajustes necesarios en sus instalaciones para que los trabajadores puedan desempeñar sus funciones”*.

Sobre la base de los antecedentes expuestos, para efectos de informar, se analizará, como cuestión previa, la argumentación relativa al costo que deben asumir las empresas usuarias quienes, dada la naturaleza de la prestación de servicios con las Empresas de Servicios Transitorios, deben efectuar la evaluación del puesto de trabajo y los ajustes necesarios que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño adecuado.

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

El inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, 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 asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores”.

Por su parte, el artículo 153 del Código Laboral, dispone:

“Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”.

A su vez, el artículo 154, de dicho cuerpo normativo señala:

“El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

7. las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y

servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado;”.

Del análisis de las disposiciones pertinentes se infiere, como cuestión previa, que esta exigencia legal es aplicable a todas las empresas que encontrándose en la hipótesis de la norma, deban confeccionar este instrumento regulatorio, y en consecuencia, su contenido no es exigible exclusivamente, a las Empresas de Servicios Transitorios, en adelante, EST, o las empresas usuarias.

Así lo ha entendido este Órgano Fiscalizador, al tenor del dictamen ORD. N°4137/101, de 05.09.2017 que señala *“corresponderá al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, establecer las reglas especiales que se deben observar en diversos tipos de faenas, para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, y en particular, las referidas a la adopción de medidas concretas de adaptación del lugar de trabajo, citando a modo ejemplar, las materias referidas a la accesibilidad de aquellos destinadas a facilitar, a las personas con discapacidad, el desempeño de las labores y la adecuada convivencia y estadía en los lugares de trabajo”*.

A su turno, a través de la doctrina institucional contenida en el ORD. N°0274/004, de 20.01.2015, -referida al artículo 183-AB del Código del Trabajo y artículo 66 bis de la ley N°16.744-, esta Entidad Fiscalizadora concluyó que *“Del análisis conjunto de las disposiciones legales preinsertas, se desprende que el legislador ha hecho responsable a la empresa usuaria del cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad que afecte a las empresas de servicios transitorios.*

Se colige, asimismo, que la empresa usuaria que contrate con una empresa de servicios transitorios la puesta a su disposición de trabajadores para la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberá velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad de Faena y de un Departamento de Prevención de Riesgos.

Finalmente, se infiere que un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social determinará los requisitos para la constitución y funcionamiento de los referidos Comité Paritario de Faena y Departamento de Prevención de Riesgos”.

A su turno, el artículo 66 de la ley N° 16.744, de 1968, que *“Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”* expresa que en toda industria o faena en que trabajen más de 25 personas deberán funcionar uno o más Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, que tendrán dentro de sus funciones *“indicar la adopción de todas las medidas de higiene y seguridad, que sirvan para la prevención de los riesgos profesionales”*, las que tienen fuerza vinculante para las empresas que estarán obligadas a adoptar y poner en práctica, tratándose de las medidas de prevención que les indique aquel y el Departamento de Prevención, en su caso.

En dicho contexto, la ley N° 16.744 establece en su artículo 1° que se declara obligatorio el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley.

A su vez, determina en su artículo 2°, las personas protegidas y que estarán sujetas, obligatoriamente, a este seguro, que a su haber, para efectos pertinentes son *“todos los trabajadores por cuenta ajena, cualesquiera que sean las labores que ejecuten, sean ellas manuales o intelectuales, o cualquiera que sea la naturaleza de la empresa, institución, servicio o persona para quien trabajen; incluso los servidores domésticos y los aprendices”*;

De esta manera, se concluye que la ley establece un seguro social, de carácter obligatorio, cuyo objeto es proteger los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de las personas señaladas en la norma.

A su turno, la administración de este seguro corresponde a las entidades previstas por el legislador que, a su haber son, los organismos administradores

y a las empresas con administración delegada, entre las primeras se considerará las Mutualidades de Empleadores.

Precisado lo anterior, la Resolución Exenta N° 156, de 2018, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, aprobó el *"Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744 - Deroga y Declara Inaplicables Circulares que Indica"*, de la Superintendencia de Seguridad Social, que refunde, sistematiza y estructura en nueve libros, todas las circulares actualmente vigentes, relativas a materias propias de ese Seguro.

En dicho instrumento normativo, se contiene en el libro I, título VI, denominado de las *"Prestaciones Preventivas"* una definición de aquellas, señalando dicha disposición que *"son aquellas actividades de asistencia técnica que los organismos administradores realizan con profesionales especialistas en prevención, con la finalidad de contribuir a evitar o disminuir los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, en sus entidades empleadoras adheridas."*

Dentro de estas actividades se encuentran las asesorías para la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos presentes en los lugares de trabajo; la prescripción de medidas para controlar esos riesgos; la realización de actividades de capacitación a las entidades empleadoras y a sus trabajadores, particularmente, a los miembros de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad; y la realización de exámenes médicos a los trabajadores expuestos a determinados agentes de riesgo, tanto ocupacionales como de vigilancia de la salud".

En este contexto se da el denominado estudio o evaluación del puesto de trabajo que, de acuerdo a lo señalado por la Superintendencia de Seguridad Social, en la Circular N° 3167, de 2015, *"consiste en el análisis detallado, mediante la observación en terreno, de las características y condiciones ambientales en que un trabajador particular se desempeña y de las actividades, tareas u operaciones que realiza"*.

En ese sentido, la evaluación integral del puesto de trabajo se constituye como una herramienta de carácter general, para dar cumplimiento a la obligación legal del empleador, en los términos previstos por el legislador en el artículo 184 del Código del Trabajo.

En efecto, el artículo 210 del Código del Trabajo, prescribe que *"las empresas o entidades a que se refiere la ley N° 16.744, están obligadas a adoptar y mantener medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala esa ley"*.

De esta manera, en opinión de quien informa, no se observa a priori, en el caso concreto, las condiciones materiales esgrimidas por la parte recurrente, en su presentación, en cuanto al mayor costo que significaría la contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez, en el régimen de suministro de trabajadores de las empresas de servicios transitorios, derivado de la evaluación de los puestos de trabajo o de los ajustes necesarios que deban realizarse, por cuanto, dichas materias forman parte de las medidas preventivas que debe adoptar todo empleador, en resguardo del deber de protección general de los trabajadores previsto en la legislación específica sobre el tema.

A su vez, se hace presente que los ajustes necesarios previstos en la ley N° 20.422, son las medidas de adecuación necesarias del espacio donde se desarrolla la actividad laboral del trabajador con discapacidad, que como expresamente lo señala el legislador, no supongan una carga desproporcionada para la empresa, y cuyo objetivo es facilitar la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Efectuadas las precisiones anteriores, cabe resolver, las consultas específicas que se plantean en la especie, las que se encuentran referidas a dilucidar si la obligación legal de contratación de trabajadores prevista en el artículo 157 bis del Código del Ramo, debe cumplirse por las empresas usuarias y las EST, de manera separada, esto es, considerando el porcentaje exigido por la ley para cada una de aquellas;

o en forma conjunta, esto es, sumando en la cuota de contratación de trabajadores con discapacidad de la empresa usuaria, aquellos trabajadores con discapacidad puestos a disposición por una EST.

Al respecto, se debe indicar que dicha materia se encuentra resuelta en el dictamen ORD. N° 6245/047, de 12.12.2018, del Sr. Director Nacional del Trabajo -cuya copia se acompaña-, que en lo pertinente concluye en el punto IX que la "forma de contabilizar el número de trabajadores con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez para efectos de la modalidad de cumplimiento alternativo que establece la letra a) del artículo 8 del Reglamento", será la contenida al tenor de dicho numeral.

En efecto, sostiene dicho pronunciamiento jurídico que "resulta importante tener presente el criterio sostenido en el título VII de este Ord. el cual es que para dar cumplimiento a la letra a) del artículo 8 del Reglamento, el trabajador con discapacidad necesariamente deberá prestar sus servicios bajo trabajo en régimen de subcontratación; o bien, bajo la modalidad de trabajo de servicios transitorios. Por ende, para efectos de la contabilización en cuestión, debe distinguirse entre el empleador directo del trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez y la empresa a la cual se le prestan tales servicios, denominada empresa principal o empresa usuaria, dependiendo de la modalidad de trabajo.

Desde la perspectiva del empleador directo, la contabilización del trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez no genera mayores problemas interpretativos, toda vez que en este caso estaríamos bajo la hipótesis de cumplimiento directo, descrita por el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo, en caso que sea aplicable.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la propia letra a) del artículo 8 del Reglamento señala expresamente lo siguiente: "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.", lo cual significa que tales empresas prestadoras de servicios deberán obligatoriamente registrar los contratos de trabajo de personas con discapacidad aun si no están directamente obligadas como empleadores. De lo contrario, las empresas que utilicen sus servicios y que pretendan calificar al cumplimiento alternativo de la Ley N° 21.015, no contarán con el registro de los respectivos contratos de trabajo de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez.

De este modo, si bien el contrato de trabajo del trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez deberá ser registrado para efectos de la Ley N° 21.015 por su propio empleador, las empresas que hubieren celebrado contrato de prestación de servicios con dicho empleador podrán cumplir su obligación de contratación de la Ley N° 21.015, mediante el cumplimiento alternativo sustentado en el referido contrato de prestación de servicios.

Lo anterior significa 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 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.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta de vital importancia para este Servicio hacer presente que, por expresa disposición del artículo 183-A del Código del Trabajo, los servicios que se ejecuten o presten de manera discontinua o esporádica no serán considerados como trabajo bajo régimen de subcontratación, razón por la cual debe descartarse de plano la posibilidad de que un número elevado de empresas pueda utilizar los servicios de un mismo trabajador con discapacidad o asignatario de pensión de invalidez para cumplir alternativamente la obligación principal que establece el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo.

Por su parte, aquellas empresas que contraten trabajadores con discapacidad o asignatarios de pensión de invalidez mediante la modalidad de trabajo de servicios transitorios deberán dar estricto cumplimiento, tanto a los plazos de contratación descritos por el artículo 183-O del Código del Trabajo, como a las estrictas causales de contratación que describe el artículo 183-N del Código del Trabajo, lo cual también debe llevarnos a descartar la posibilidad de que, para efectos de la Ley N° 21.015, un mismo trabajador con discapacidad pueda ser contabilizado por una multiplicidad de empresas usuarias para dar cumplimiento a la normativa legal, hipótesis absolutamente contraria al espíritu de la Ley N° 21.015, y que será fiscalizada por parte de este Servicio.

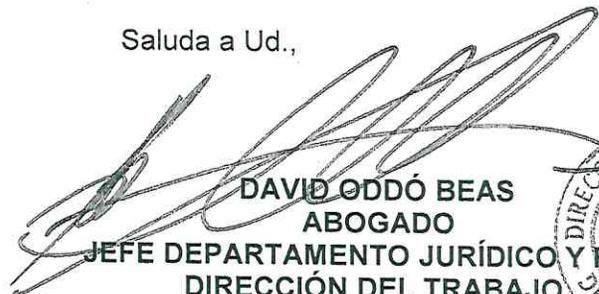
Conforme a la doctrina institucional, la circunstancia de que un trabajador en particular se encuentre trabajando bajo régimen de subcontratación o bajo la modalidad de trabajo en servicios transitorios no puede ser analizada a través de un Ord. de aplicación general, al tratarse de un asunto que debe de ser determinado en forma casuística, realizando un análisis concreto e individual respecto de si se cumplen los requisitos de esas modalidades de trabajo en el caso en particular, no pudiendo este Servicio pronunciarse ex ante acerca de si una determinada situación constituye alguna de estas modalidades de trabajo.

En este sentido, en vista de que la Ley N°21.015 y su Reglamento no establecen ninguna modificación a las reglas generales en materia de trabajo en régimen de subcontratación o bajo la modalidad de trabajo en servicios transitorios, no resulta pertinente que este Servicio vuelva a pronunciarse sobre el sentido y alcance de las disposiciones legales que regulan la materia, debiendo estarse a lo ya indicado en los distintos Ords. del Servicio que se han pronunciado sobre la materia”.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud., que al tenor de lo señalado en el dictamen N° 6245/047, de 12.12.2018, de este Servicio, 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.

A su turno, dado que la ley N° 21.015, no altera el régimen general aplicable en materia de contratos de trabajo de trabajadores transitorios, suscritos con Empresas de Servicios Transitorios, al amparo de la legislación laboral vigente, no corresponde que este Servicio se pronuncie sobre la solicitud de la recurrente en el sentido de considerar en el caso de las EST, restringir “la contabilización de la cuota de los trabajadores con discapacidad, limitándola estrictamente a su cuadro permanente”.

Saluda a Ud.,


DAVID ODDÓ BEAS
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




MBA/AAV

Distribución:

- Interesado
- Control
- Partes

Incluye:

Copia ORD. N° 6245/047, de 12.12.2018.