Las Empresas de Servicios Transitorios, con 100 o más trabajadores, no se encuentran exceptuadas, de manera genérica o en abstracto de dar cumplimiento al inciso 1º del artículo 157 bis del Código del Trabajo, por cuanto la naturaleza de las funciones que desarrollan, de manera específica, son aquellas relacionadas con el suministro legal de trabajadores a empresas usuarias, sin que se observe, a priori, las hipótesis contenidas en el inciso 2º del artículo 157 ter, del Código del Trabajo, que imposibiliten el cumplimiento de la regla general contenida en la primera disposición indicada.

En ese sentido, para que opere como excepción la causal denominada "naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa" deberá tratarse de una entidad cuya actividad o proceso requiere una habilidad o precisión que la distinga, esto es, que la hace única, en el ámbito de la función que realiza.

Por su parte, tratándose de 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, aquel deberá acreditar que realizó la publicación de las ofertas de empleo, de la forma prevista en el literal b) del artículo 7º del Reglamento y que no recibió postulaciones que cumplan el perfil requerido.

De esta manera, para que opere el cumplimiento alternativo de dicha obligación, contenido en el inciso 1º del artículo 157 ter, deberá evaluarse dicha situación, por parte del empleador, a través de los mecanismos previstos por el legislador, correspondiendo a este Servicio, fiscalizar el cumplimiento de la obligación principal o de la obligación subsidiaria, debiendo acreditar la empresa, en tal caso, con antecedentes o informes de carácter técnico, los fundamentos del cumplimiento alternativo expresamente consignados por el legislador laboral.

2) Presentación del abogado Sr. Gonzalo Elgueta Ortiz, en representación de la Empresa de Servicios Transitorios EDAL Ltda. (E.S.T.), de fecha cierta 01.08.2017.

FUENTES: Artículos 154 N° 6, 157 bis, 157 ter, 183-F, 183-N y 506 del Código del Trabajo; artículos 6° inciso final, 7°, 11° y 14 inciso 1° del Decreto N° 64, de 20.11.17, publicado en el Diario Oficial el 01.02.18, que “Prueba 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; y artículo 7° ley N° 20.422, de 2010.


SANTIAGO,

2 1 FEB 2018

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO(S)

A : SR. GONZALO ELGUETA ORTIZ
ABOGADO
EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS EDAL LTDA. (E.S.T.)
DIAGONAL PEDRO AGUIRRE CERDA N° 1159, 2° PISO
CONCEPCIÓN
gelgueta@gmail.com

Mediante presentación singularizada en el Ant. 2), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, relacionado a determinar si las Empresas de Servicios Transitorios, dan cumplimiento al nuevo artículo 157 ter literal a) del Código del Trabajo, introducido por el artículo 3° de la ley N° 21.015 publicada en el Diario Oficial de 15 de junio del año 2017, que “Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral”, al tener contratos de prestación de servicios con empresas usuarias, siendo éstas quienes tienen contratadas, a su vez, personas con discapacidad.

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

El artículo 183-F del Código del Trabajo, prescribe:

"Para los fines de este Código, se entiende por: a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos".

De la disposición legal se colige, como así lo ha señalado la Dirección del Trabajo en dictamen ORD. N° 1189/026, de 29.03.2007 que "Respecto del
denominado giro de las empresas de servicios transitorios, esto es, el tipo de actividades al que legalmente pueden dedicarse, cabe señalar que este precepto legal establece un giro exclusivo, en cuanto las empresas de servicios transitorios pueden dedicarse sólo a las actividades económicas expresamente señaladas en la ley, pero no es un giro único, en cuanto se permite realizar diversas actividades en las mismas, siempre a condición de que se trate de aquellas señaladas en la normativa legal.

De dichas actividades permitidas a las empresas de servicios transitorios, sólo constituye una actividad regulada por la normativa del Párrafo II, del Título VII, del Libro I del Código del Trabajo, denominado "De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios", aquella que consiste en la puesta a disposición de trabajadores transitorios en la empresa usuaria, suscribiendo los contratos de trabajo con los respectivos trabajadores cedidos, siendo las demás actividades señaladas en la ley de naturaleza complementaria y accesoria a dicho giro principal, no quedando ellas reguladas en su ejecución por la normativa legal recién citada.

En ese sentido, cabe señalar que el citado giro es, además de exclusivo, excluyente, en cuanto impide que otros sujetos de derecho se dediquen a la actividad que, por la estructura y el sentido de la nueva normativa legal, corresponde únicamente a las empresas de servicios transitorios.

Desde esta perspectiva, es fácil advertir que la actividad que define como tal a la empresa de servicios transitorios, corresponde a la de poner a disposición de las denominadas empresas usuarias trabajadores transitorios en conformidad a los contratos mercantiles que entre dichas empresas celebren. A esta actividad, conocida como suministro legal de trabajadores, como ya dijimos, va dirigida la nueva normativa legal contenida en el Párrafo II, del Título VII, del Libro I del Código del Trabajo".

En efecto, el artículo 183-N del Código del Trabajo, prescribe:

"La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, que deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo siguiente, los puestos de trabajo para los cuales se realiza, la duración de la misma y el precio convenido.

Asimismo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá señalar si los trabajadores puestos a disposición tendrán o no derecho, durante la vigencia de dicho contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.

La individualización de las partes deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se deberá, además, individualizar a el o los representantes legales.

La escrituración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá suscribirse dentro de los cincodías siguientes a la incorporación del trabajador. Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de los dos días de iniciada la prestación de servicios.

La falta de contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme a este Código".

De esta manera, como lo ha señalado este Servicio en el dictamen Nro 2249/048, de 19.06.2007, "El trabajador transitorio, será contratado por una
empresa de servicios transitorios, quien tendrá la calidad de empleador para todos los efectos legales, pero prestará servicios efectivos en la empresa usuaria.

Se trata, en consecuencia, de una regulación excepcional, que altera las reglas generales acerca de quien debe ser considerado empleador, ya que en los casos de suministro o cesión de trabajadores por vía de una empresa de servicios transitorios, se considerará como tal a esta última, sin perjuicio de que el trabajador se desempeñe bajo la subordinación o dependencia efectiva de la empresa usuaria".

Por su parte, los incisos 1° y 2° del nuevo artículo 157 ter del Código del Trabajo, incorporado por el artículo 3° de la ley N° 21.015, establecen:

"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".

A su turno, 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:

a) La naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa.
Se entenderá que se configura esta circunstancia cuando, por sus características o por su especialidad, los procesos o actividades de la empresa no pueden ser desarrollados por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional. Esta circunstancia deberá ser informada fundadamente por la empresa en la comunicación señalada en el inciso final del artículo 6°.

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 intermedición 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”.

Por su parte, el inciso final del artículo 6° del Reglamento, establece:

“Aquellas empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación de contratación, deberán informar esta circunstancia en la comunicación señalada en el inciso anterior -información electrónica a la Dirección del Trabajo-, indicando la razón invocada y la medida subsidiaria de cumplimiento adoptada”.

Además, al tenor del artículo 10° del Reglamento, esta misma comunicación deberá ser remitida conjuntamente con la enviada a la Dirección del Trabajo, a la Subsecretaría de Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo Social, al Servicio Nacional de la Discapacidad y al Servicio de Impuestos Internos.

Precisado aquello, como es dable apreciar, al tenor del pronunciamiento jurídico Ord. N° 4137/101, de 05.09.2017 de este Servicio, la nueva normativa en análisis establece que este mecanismo de excusa legal sólo opera por las razones fundadas específicamente establecidas en la ley, esto es, 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.

A su vez, se colige que la primera hipótesis prevista por el legislador laboral, para optar por una de las medidas subsidiarias de cumplimiento, incluye las características y especialidad, esto es, la condición técnica, propia de los procesos o actividades de las empresas que estando obligadas al tenor del nuevo artículo 157 bis inciso 1° del Código Laboral, no pueden ser desarrolladas por personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional.

Además, se desprende que dicha circunstancia deberá ser informada razonadamente a la Dirección del Trabajo, por parte de la empresa, resguardando el derecho a la igualdad de oportunidades, definido, al tenor del artículo 7° de la ley N° 20.422, 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.

Cabe agregar que conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento citado, ubicado en el Título IV, denominado de la “Fiscalización y sanciones”, “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.

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:

1. Los documentos, antecedentes o informes técnicos que fundamenten la comunicación a que se refiere la letra a) del artículo 7°.

Luego, al tenor de la segunda hipótesis prevista en la norma del inciso 2° del artículo 157 ter, se considerarán como “razones fundadas”, la falta de postulantes interesados en las ofertas de trabajo.

Al respecto se debe indicar que para verificar el cumplimiento de la obligación contenida en este artículo, la Dirección del Trabajo podrá requerir a las empresas fiscalizadas, entre otros:

“2. Los antecedentes que acrediten la publicación de las ofertas de trabajo en la Bolsa Nacional de Empleo o en otro medio, sistema o plataforma
de acceso público de información e intermediación laboral.

3. Los antecedentes que acrediten la falta de postulantes que cumplan el perfil del cargo o empleo publicado y que correspondan a personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez*.

Por otra parte, atendido a que el inciso 1° del artículo 14 del Reglamento dispone "Las infracciones a las obligaciones establecidas en este Reglamento serán sancionadas de acuerdo a lo prescrito en el Título final del Libro V del Código del Trabajo", corresponderá aplicar la sanción genérica contemplada en el artículo 506 del Código del Trabajo.

Precisado lo anterior, la empresa recurrente consulta si aquella, en su calidad de empresa de servicios transitorios, que se encuentra en la obligación legal de contratar 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, pero que según expone, tendría razones fundadas para cumplir subsidiariamente aquella, derivada de la naturaleza de los servicios que presta, cumpliría con la obligación contenida en el literal a) del artículo 157 ter del Código del Trabajo en el caso de que la empresa usaria tenga contratadas personas con discapacidad.

Al respecto se debe indicar como cuestión previa que para que opere alguna de las medidas subsidiarias de cumplimiento, esto es, las contenidas en el artículo 157 ter literales a) o b), la empresa recurrente debe encontrarse en alguna de las dos hipótesis previstas en la norma, estos es, las razones fundadas, indicadas por el legislador en el inciso 2° de dicha disposición y desarrolladas, a través del artículo 7° del Reglamento.

Lo anterior, puesto que las disposiciones que contienen excepciones como las de la especie, son de derecho estricto, de interpretación restrictiva y no pueden, por tanto, extenderse más allá de sus propios términos, por lo que no corresponde hacerlas extensiva a situaciones no previstas por la preceptiva, como sería la de otorgar este cumplimiento alternativo de carácter excepcional por razones distintas a las previstas por el legislador, por cuanto, si esa hubiese sido la intención de aquel, así lo habría señalado expresamente.

Establecido aquello, debemos recordar que los principales propósitos perseguidos por el legislador mediante la nueva normativa, según se colige de la historia fidedigna de su establecimiento, a través de las mociones parlamentarias que le dieron origen contenidas en los boletines N°s 7.025-31 y 7.855-13 (refundidos), y de la discusión y tramitación en el Parlamento, fueron como idea fundamental, el incentivar la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral y establecer un mecanismo que garantizara la reserva legal de empleos para aquellas.

A su vez, se debe tener presente que la obligación de reserva legal contenida en el artículo 157 bis del Código del Trabajo contemplado en la preceptiva en análisis tiene por objeto la inclusión de personas con discapacidad al mundo del trabajo formal, procurando un adecuado desarrollo y protección, constituyendo el anotado artículo una disposición integrante del complejo de normas de seguridad social, por lo que este precepto ha de interpretarse considerando siempre el espíritu y la finalidad de la ley.

En ese sentido, el giro principal y propio de las Empresas de Servicios Transitorios, que las caracteriza y diferencia de otras empresas, es el suministro legal de trabajadores a empresas usuarias y en consecuencia, no se observa, a priori, que las primeras se encuentren en alguna de las hipótesis previstas por el legislador, en el inciso 2° del artículo 157 ter del Código Laboral, contenido en la ley N° 21.015, que permita un cumplimiento alternativo, y en especial, aquella derivada de la "naturaleza de las funciones que desarrolla".

En efecto, la actividad de estas empresas, como se ha señalado, se relaciona con la puesta a disposición de trabajadores a una usuaria, la que no
obstante, puede requerir un perfil específico, no las exime, en abstracto, del cumplimiento de la obligación principal contenida en el artículo 157 bis del Código del Ramo.

De esta manera, es el empleador el responsable por mandato legal de dar cumplimiento al inciso 1º del artículo 157 bis del Código del Trabajo, situación de la que no se encuentran exceptuadas las Empresas de Servicios Transitorios respecto de sus trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria, por cuanto para aplicar alguna de las excepciones de cumplimiento alternativo previstas en el artículo 157 ter literal a) o b), deberán primero, verificar las “razones fundadas” derivadas de la “naturaleza de las funciones” que desarrolla la empresa, -la que como se ha señalado, no es otra que la puesta a disposición de trabajadores en empresas usuarias-; o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado.

Lo anterior, requerirá entonces un análisis y ponderación de las características y especialidad propia de los procesos o actividades de las empresas, situación que corresponde efectuar a cada empleador, a través de los mecanismos previstos por el legislador, correspondiendo a este Servicio, fiscalizar el cumplimiento de la obligación principal o de la obligación subsidiaria, debiendo acreditar en tal caso, la empresa con antecedentes o informes de carácter técnico, los fundamentos del cumplimiento alternativo.

De esta manera, a fin de fijar el sentido y alcance de estas expresiones, cabe recurrir a la primera regla de interpretación, vale decir, aplicar el principio gramatical, según el cual, el sentido que debe darse a las palabras es aquel que le es asignado al vocablo por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, texto que define el término “characterística” como: Dicho de una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes”.

A su turno, “especialidad” se define, en una de sus acepciones como “3. f. Rama de una ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de ellas, sobre la cual poseen saberes o habilidades muy precisos quienes la cultivan”.

De esta forma, a través del precepto antes transcrito podemos concluir que para que opere dicha norma de excepción deberá tratarse de una empresa cuya actividad o proceso requiera una habilidad o precisión que la distingue, esto es, que la hace única en el ámbito de la función que realiza.

En armonía con lo anterior, debemos recordar que el artículo 154 del Código del Trabajo, prescribe:

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

6. la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales."

Así, el pronunciamiento jurídico N° 1187/018, de 10.03.2010, de este Servicio en lo importante, señala:

"Al tenor de estos conceptos es posible sostener, por consiguiente, en opinión de la suscrita, que por “características técnicas esenciales”, debe entenderse aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa.

Por consiguiente, al tenor de lo expresado anteriormente, es dable concluir que en la elaboración de este registro se deberán consignar aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de su esencia, de
su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables, como tampoco las características que debe poseer el trabajador que va a ejercer el cargo".

Por último, al tenor del análisis efectuado, al no estar las Empresas de Servicios Transitorios exceptuadas, a priori, del cumplimiento de la regla general contenida en la norma citada, no corresponde que este Servicio se pronuncie sobre la hipótesis de cumplimiento alternativo previsto en el artículo 157 ter literal a), consultado por el solicitante, por cuanto no se observa, en esta instancia, que exista alguna de las razones fundadas contenidas en la norma para la aplicación de aquellas.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúmple informar a Ud. que las Empresas de Servicios Transitorios, con 100 o más trabajadores, no se encuentran exceptuadas, de manera genérica o en abstracto de dar cumplimiento al inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, por cuanto la naturaleza de las funciones que desarrollan, de manera específica, son aquellas relacionadas con el suministro legal de trabajadores a empresas usuarias, sin que se observe, a priori, las hipótesis contenidas en el inciso 2° del artículo 157 ter, del cuerpo legal citado, que imposibiliten el cumplimiento de la regla general contenida en la primera disposición indicada.

En ese sentido, para que opere como excepción la causal denominada "naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa", deberá tratarse de una entidad cuya actividad o proceso requiere una habilidad o precisión que la distinga, esto es, que la hace única en el ámbito de la función que realiza.

Por su parte, tratándose de la "falta de personas" con discapacidad o asignarías de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, "interesadas en las ofertas de trabajo que haya formulado" el empleador, aquel deberá acreditar que realizó la publicación de las ofertas de empleo, de la forma prevista en el literal b) del artículo 7° del Reglamento, y que no recibió postulaciones que cumplían el perfil requerido.

De esta manera, para que opere el cumplimiento alternativo de dicha obligación, contenido en el inciso 1° del artículo 157 ter, deberá evaluarse dicha situación, por parte del empleador, a través de los mecanismos previstos por el legislador, correspondiendo a este Servicio, fiscalizar el cumplimiento de la obligación principal o de la obligación subsidiaria, debiendo acreditar la empresa, en tal caso, con antecedentes o informes de carácter técnico, los fundamentos del cumplimiento alternativo expresamente consignados por el legislador laboral.

Saluda a Ud.,

[Signature]

Rafael Pereira Lagos
Abogado
Director del Trabajo(S)

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
21 FEB 2018
ORIGINA DE PARTES

Distribución:
- Subsecretario del Trabajo
- Jefe de Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subdirector del Trabajo
- Depto. Jurídico
- Depto. de Inspección
- Depto. de RRLL
- Boletín
- Divisiones D.T.
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Partes
- Control