



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K. 33 (71) 2018

Jurídico

ORD.:

3124

MAT.:

En el marco de la ley N° 21.015, que "*Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral*", absuelve consultas relativas al cálculo del porcentaje de trabajadores con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, tratándose de empresas agrícolas; y régimen general aplicable sobre jornada de trabajo al tenor del artículo 157 bis del Código del Trabajo.

ANT.:

- 1) Instrucciones Jefe del Departamento Jurídico, de 04.07.2018.
- 2) Instrucciones Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho del Departamento Jurídico, de 27.06.2018.
- 3) PASE N° 39, de 11.01.2018, del Jefe de Gabinete del Sr. Director del Trabajo, de la época.
- 4) ORD. N° 1936, de 28.12.2017, del Inspector Provincial del Trabajo de Copiapó.
- 5) Presentación de don Nelson Aguirre Sánchez, de 06.12.2017.

SANTIAGO,

09.07.2018.

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. NELSON AGUIRRE SÁNCHEZ
ASESOR LABORAL
LOS CARRERAS N° 495, OFICINA N° 302
COPIAPÓ

Mediante presentación singularizada en el Ant. 5), se ha solicitado un pronunciamiento jurídico a esta Dirección, respecto de la aplicación de la ley N° 21.015, que "*Incentiva la Inclusión de Personas con Discapacidad al Mundo Laboral*", e incorpora los nuevos artículos 157 bis y 157 ter al Código del Trabajo, consultando específicamente la parte recurrente, en el caso de las "*empresas agrícolas, cuya dotación de trabajadores varía de acuerdo a diversas actividades o faenas dentro del año, ... cómo se determina el número de trabajadores a considerar para definir el 1% de los trabajadores a contratar o mantener contratados en el marco de la señalada ley.*"

A su turno, se pregunta por el tipo de jornada de trabajo al que están sujetos las personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, contratadas en virtud de esta ley.

Sobre el particular, se debe indicar que a través del dictamen ORD. N°1613/24, de 29.03.2018, este Servicio concluyó:

“Los incisos 1° y 5° del artículo 157 bis, del Código del Trabajo, prescriben:

“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.

Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y suscrito por los ministros de Hacienda y de Desarrollo Social, establecerá los parámetros, procedimientos y demás elementos necesarios para dar cumplimiento a lo establecido en este capítulo”.

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 6°, del Título II, denominado “Determinación de la obligación de inclusión laboral”, señala:*

“Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 157 bis del Código del Trabajo se seguirán las siguientes reglas:

a) Esta obligación afecta a las empresas que tengan un número total de trabajadores de 100 o más.

b) Para determinar el número total de trabajadores de la empresa se seguirán las siguientes reglas:

i. La empresa deberá considerar el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior, o bien, desde su inicio de actividades y hasta el 31 de diciembre de ese año.

ii. El número total de trabajadores de la empresa equivaldrá a la suma del número de trabajadores de cada mes, dividido por 12, o por el número de meses que corresponda, en caso de haber iniciado actividades en forma posterior al 1° de enero. El número de trabajadores de cada mes corresponderá al número total de trabajadores de la empresa al último día del mes respectivo.

c) El número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que deberán ser contratados por la empresa corresponderá al 1% del número total de trabajadores de la empresa. Si de este cálculo resultare un número con decimales, se aproximará al entero inferior.

Las empresas que resulten obligadas deberán enviar una comunicación electrónica a la Dirección del Trabajo en que informen el número total de trabajadores y el número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que deban ser contratadas. En esta misma comunicación, las empresas deben informar el número de contratos vigentes que mantienen con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez. Esta comunicación se deberá enviar en el mes de enero de cada año.

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, indicando la razón invocada y la medida subsidiaria de cumplimiento adoptada”.

En virtud de lo señalado, el análisis armónico de los preceptos transcritos permite colegir, en primer término, que para efectos del cumplimiento de la obligación de reserva legal previsto en el inciso 1° del artículo 157 bis, del Código del Ramo, las empresas sujetas a dicha exigencia deben tener un número total de 100 o más trabajadores.

Asimismo, se infiere que el número total de trabajadores, se obtiene considerando el año anterior, en el período comprendido, entre el 1° de enero y el 31 de diciembre, o desde el inicio de actividades y hasta el 31 de diciembre de ese año.

Luego, el número total de trabajadores corresponderá a la operación aritmética que resulte de la suma del número de trabajadores de cada mes, dividido por 12, o por el número de meses que corresponda, en el caso que el inicio de actividades de la empresa se verifique de manera posterior al 1° de enero de ese año.

Además, corresponderá que para efectos de determinar el número de trabajadores de cada mes, se estimen los trabajadores con contrato vigente al último día del mes respectivo.

De esta manera, se desprende que la obligación de reserva legal contenida en la norma corresponderá, a lo menos, al 1% del número total de trabajadores de la empresa calculado al tenor de las reglas señaladas, indicando la norma, expresamente, que en el caso de que de este cálculo resulte un número con decimales, se aproximará al entero inferior.

Por último, en el mes de enero de cada año, las empresas que resulten obligadas, al tenor del inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, deberán informar electrónicamente a la Dirección del Trabajo el número total de trabajadores, el número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que deban ser contratadas y el número de contratos vigentes que mantienen con estas últimas.

Finalmente, aquellas empresas que, por razones fundadas, no hayan podido cumplir total o parcialmente con la obligación de contratación, deberán informar esta circunstancia, en la comunicación señalada en el párrafo anterior, indicando la razón invocada y la medida subsidiaria de cumplimiento adoptada.

Además, al tenor del artículo 10° del Reglamento, la comunicación señalada en el inciso final del artículo 6° 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.

En estas circunstancias, al tratarse la determinación del número total de trabajadores de una empresa, para el cumplimiento de la obligación contenida en el inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, de una operación aritmética que refleja un promedio final, de la dotación anual, que se calcula en base a la información comprendida en el año calendario anterior, o bien, desde el inicio de actividades de aquella y hasta el 31 de diciembre de ese año, y que debe ser informada en el mes de enero de cada año por el empleador a la Dirección del Trabajo, la circunstancia de presentar la empresa una importante variación en el número de contratados dentro de cada año calendario, no es impedimento para su cálculo y cumplimiento, al tratarse de empresas que tengan un número total de 100 o más trabajadores, calculado de la forma prevista en el artículo 6° del Decreto N° 64, de 20.11.17, 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.

Lo anterior, sin perjuicio que, de conformidad al inciso 2° del artículo 14 del Reglamento, ubicado en el título IV, denominado de la "Fiscalización y sanciones", la obligación contenida en el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo será exigible, por parte de la Dirección del Trabajo, respecto de aquellos meses en que la empresa tuviere contratados 100 o más trabajadores".

Luego, al tenor de su segunda consulta se debe indicar que el inciso 1° del artículo 21 del Código del Trabajo, expresa:

"Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato".

A su vez, los incisos 1°, 2° y 4° del artículo 22 del texto citado, previenen que:

"La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento".

"Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones".

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas se infiere que la duración de la jornada ordinaria de trabajo, al tenor del inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, es de 45 horas semanales y que los dependientes que laboran sin fiscalización superior inmediata y los contratados de acuerdo al Código Laboral para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos, entre otros trabajadores contemplados en el mismo precepto, se encuentran excluidos del límite máximo indicado.

Además, se colige que quedan excluidos de la limitación de jornada de trabajo, aquellos trabajadores que prestan servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa, preferentemente.

A su turno, el artículo 28 del Código Laboral, dispone:

"El máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días.

En ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 38".

De la disposición legal anotada se desprende que el máximo semanal aludido en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo debe necesariamente ser distribuido en no más de seis ni en menos de cinco días.

Se desprende igualmente, que en ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de 10 horas diarias, sin perjuicio de los sistemas excepcionales autorizados por el Director del Trabajo en los términos del artículo 38 del Código del Ramo.

Por su parte, el artículo 40 bis, ubicado en el párrafo 5°, del título I del Libro I del Código del Trabajo, señala:

“Se podrán pactar contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, considerándose afectos a la normativa del presente párrafo, aquéllos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo 22”.

Al respecto, a través del dictamen ORD. N° 0549/012, de 03.02.2009, -cuya copia se acompaña- la Dirección del Trabajo precisó *“se pueden pactar contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, considerándose como tal aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo 22 del mismo cuerpo legal, es decir, de hasta 30 horas semanales.*

De esta suerte, todos aquellos contratos en que se pacte una jornada de 30 horas o menos, son considerados contratos con jornada a tiempo parcial y afectos, por lo tanto, a la normativa del Párrafo 5°, Capítulo IV, Libro I del Código del Trabajo.

Cabe destacar, en todo caso, que conforme lo establece el inciso 1 ° del artículo 40 bis B del mismo cuerpo legal, los trabajadores a tiempo parcial gozan de todos los demás derechos que contempla dicho Código para los trabajadores a tiempo completo, lo que significa, en otros términos, que a estos dependientes les son aplicables todas las reglas generales contenidas en él, excepto en aquellas materias que se encuentran especialmente reguladas por el Párrafo 5° aludido.

Por su parte, aquellos contratos en que se pacte una jornada superior a 30 horas e inferior o igual a 45 horas semanales, que es la máxima ordinaria permitida, son contratos que se rigen en todas las materias, por las reglas generales contenidas en el cuerpo legal señalado.

En relación a la interrogante respecto a la posibilidad de pactar distintas jornadas con los trabajadores que laboran para la empresa, dependiendo de la disponibilidad de tiempo de éstos, cabe manifestar, que en opinión de este Servicio no existiría inconveniente jurídico alguno para que empleador y sus trabajadores pacte una jornada para unos y otra diferente para otros, debiendo tener en consideración lo señalado en párrafos que anteceden, en cuanto a la normativa laboral aplicable según se trate de jornadas parciales inferiores o iguales a 30 horas semanales o no”.

Enseguida debe considerarse que tratándose del contrato de aprendizaje, el propio legislador laboral manifiesta en el artículo 80 del Código del Trabajo que *“El contrato de trabajo de aprendizaje deberá contener a lo menos las estipulaciones establecidas en el artículo 10 y la indicación expresa del plan a desarrollar por el aprendiz”.*

En este contexto, y dado el tenor de la disposición contenida en el artículo 157 bis del Código del Trabajo, que no efectúa distinciones ni exigencias especiales sobre el particular, es dable entender que el objeto perseguido por la ley al establecer una reserva legal de empleos para personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, es considerar el régimen general aplicable que contienen las normas sobre jornada de trabajo.

En este sentido, y en armonía con la jurisprudencia administrativa señalada, el sentido y alcance de una disposición debe determinarse conforme a los principios generales de interpretación, entre los cuales cabe recordar el aforismo que expresa que donde la norma no distingue, no corresponde hacerlo al intérprete.

Precisado lo anterior, y como lo señaló la jurisprudencia institucional en el dictamen N° 4137/101, de 05.09.2017, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado de Chile y promulgada mediante decreto N°201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, precisa en su artículo 27 en materia de Trabajo y Empleo, que *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno*

laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;”.

A su turno, el artículo 8° inciso 3°, de la ley N° 20.422, ubicado en el Título I, denominado “Derecho a la igualdad de oportunidades”, Párrafo 1° “De la igualdad de oportunidades”, prescribe:

“Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”.

Como es dable apreciar, si bien el régimen general aplicable en el caso de los trabajadores contratados de conformidad al inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, es el que se contiene en las normas sobre jornada de trabajo señaladas precedentemente, de lo expuesto se colige que las normas contenidas, tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como en la ley N° 20.422, obligan a las empresas afectas a la obligación de reserva legal contenida en la norma señalada a realizar los ajustes necesarios en la jornada de trabajo de los dependientes, a fin de dar cumplimiento al principio de igualdad de oportunidades para las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

En razón de lo expuesto, 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.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Ud. respecto a la materia consultada, al tenor del presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
 ABOGADO
 JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO




 LBP/AAV

Distribución:

- Destinatario
- Partes
- Control

Incluye:

ORD. N° 0549/012, de 03.02.2009.