



ALERTA LABORAL:

DICTAMEN ORD N°3376/35: RECONSIDERA LA DOCTRINA SOBRE ACREDITACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LEY DE INCLUSIÓN LABORAL

Con fecha 30 de diciembre de 2020, la Dirección del Trabajo emitió un Dictamen en el cual se reconsideró la doctrina asentada por dicho organismo que interpretaba ciertos aspectos de la ley 21.015 (en adelante “Ley” o “Ley de inclusión”) relativos a: (i) la determinación de la obligación de contratar o mantener contratados a lo menos al 1% de los trabajadores con discapacidad o beneficiarios de pensión de invalidez, (ii) el sentido de la expresión “razones fundadas”, (iii) el período durante el cual las empresas se encuentran afectas a la obligación legal deben cumplir de manera alternativa y finalmente (iv) si los contratos suspendidos en virtud de la ley 21.227 se contabilizan para determinar el número total de trabajadores que debe ser contratado para cumplir con la Ley.

- **Forma de contabilizar y comunicar el número de trabajadores en una empresa para cumplir con el 1% establecido en el artículo 157 bis del Código del Trabajo.**

Este punto es importante e implica un cambio en la doctrina institucional en relación a al cumplimiento de la obligación señalada. Antes del presente dictamen, en enero de cada año, las empresas deben efectuar la comunicación electrónica anual que debe incluir entre otras informaciones, el número de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez que deban ser contratadas a fin de corroborar que la empresa cumplió con la cuota legal. Sin embargo, esta nueva interpretación establece que la frase “deban ser contratadas” (relativa a la comunicación electrónica), hace referencia a una obligación futura y no de manera retroactiva. Así, con este cambio jurisprudencial, la obligación principal del artículo 157 bis se debe verificar durante el mismo año calendario en que la empresa efectuó la comunicación electrónica.

De esa forma, a partir de enero de 2022 el cumplimiento se hará a partir de la información entregada en la comunicación electrónica de ese año y se contrastará con la evolución que tenga la empresa durante ese mismo año contrastándola por cada mes del año en que existan 100 o más trabajadores (por ejemplo: si en la comunicación anual de enero de 2022 se informó que durante el 2021 la empresa tuvo un promedio de 200 trabajadores, durante el año 2022 dicha empresa deberá contratar o mantener contratados a 2 trabajadores con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez, solo en aquellos meses donde la dotación de trabajadores sea de 100 o más).

Es importante destacar que en la comunicación de enero de 2021 la obligación será exigible respecto de los meses del año 2020 en los cuales la empresa mantuvo una dotación de 100 o más trabajadores.

- **Sentido y alcance de las “razones fundadas”**

De acuerdo a lo señalado en la Ley las empresas tienen 2 años para cumplir de manera alternativa sin justificar. Así, a partir de la comunicación de enero de 2021, se exige que, cuando la empresa no puede cumplir de manera directa (total o parcial) con la obligación de mantener la dotación del 1% de los trabajadores,



puede cumplir de manera alternativa en la medida que se encuentre en alguno de los supuestos calificados como “razones fundadas” que dicen relación con la naturaleza de las funciones y/o con la falta de personas interesadas en las ofertas publicadas. Así, el dictamen en cuestión vino a aclarar sobre el sentido de cada una de estas razones fundadas señalando lo siguiente:

- En cuanto a la naturaleza de las funciones la Dirección del Trabajo efectuará un análisis y ponderación de todos los procesos y actividades desarrollados por la empresa, ello deberá quedar acreditado con los documentos, antecedentes o informes técnicos que fundamente que efectivamente ningún proceso o cargo puede ser realizado por una persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez. Es importante destacar que, si una empresa tiene varios giros, las personas pueden ser contradas en cualquiera de ellos, por eso se refiere a “procesos y actividades” dando a entender que, si existiera un solo cargo en la empresa que pueda ser realizado por una persona con discapacidad o asignataria de pensión de invalidez, esta justificación quedaría invalidada.
- Sobre la razón fundada relativa a la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo, el Dictamen señala que la publicación debe realizarse con suficiente duración y anticipación a la comunicación anual, y que en ella debe informarse la verificación de la falta de interés. Se hace presente que no basta con que la publicación se haga durante las dos últimas semanas de diciembre del año anterior, para que la empresa pueda invocar este hecho como razón fundada, el aviso respectivo debe haber sido publicado con suficiente anticipación a fin de poder señalar con certeza que no hubo interesados en la oferta efectuada.

■ **La exigibilidad del cumplimiento alternativo**

Se debe señalar que al igual que el cumplimiento de contratación directa tratado en el número 1 anterior, las medidas alternativas deberán acreditarse solo sobre los meses del año en curso en los que la empresa tenga contratados 100 o más trabajadores. Por su parte, hasta la comunicación de enero de 2021, el cumplimiento alternativo se acreditará sobre los meses del año calendario anterior que tuvo 100 o más trabajadores contratados.

■ **Los contratos suspendidos (por orden de la autoridad o por pacto) de acuerdo a la ley 21.227 deben ser contabilizados para cumplir con la Ley de inclusión**

En efecto, la suspensión de facto o de mutuo acuerdo pactada de acuerdo a la ley de protección al empleo, mantiene vigente los contratos de trabajo por lo que no existe motivo alguno para marginar a dichos trabajadores en el cómputo anual para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 157 bis del Código del Trabajo.

Como ya fue señalado, un importante cambio en la interpretación de esta Ley implicará que la comunicación efectuada en enero de 2022 fijará la obligación de contratación (y en su caso, la de optar por medidas subsidiarias o alternativas) para ese año y no, como parecía desprenderse de la anterior doctrina, como una forma de acreditar cumplimiento del año anterior. Este criterio se traduce en que todo aquello que se informe al inicio de cada año fijará el estándar de cumplimiento por los doce meses siguientes, entregando seguridad a las empresas del cumplimiento fiscalizable por el respectivo órgano.



Finalmente, que se haya aclarado que los contratos suspendidos deben contabilizarse para efectos del cómputo de los trabajadores totales es del todo atingente dado que un gran número de empresas hicieron uso de dicha figura legal. Así, la Dirección del Trabajo sostiene que un trabajador suspendido se mantiene vigente, por lo que no existe razón para no incorporarlos en la nómina final.

La nueva doctrina no viene a modificar, sino a precisar la forma de cumplir diligentemente la ley de inclusión, más aun considerando que ya rigen en propiedad las reglas sobre uso de medidas subsidiarias o alternativas. De este modo, y siendo coherente con el texto de la ley y el reglamento, la DT ha entregado sus criterios para ser aplicables a contar de enero de 2022, quedando vigente la actual doctrina hasta fines de este año.

