



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 17530 (1088) 2019

3990

ORDINARIO: _____/

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Ley de inclusión. Cumplimiento alternativo. Exámenes preocupacionales. Principio de no discriminación.

RESUMEN:

1.- Las empresas que se encuentren en la hipótesis prevista por el legislador en el artículo 157 bis del Código del ramo, deberán cumplir directamente la obligación de contratación o bien, mediante alguna de las medidas alternativas señaladas en las letras a) y b) del artículo 157 ter, solo si se acredita una razón fundada de las descritas en la ley. No existe ninguna otra circunstancia que justifique el incumplimiento de la norma por parte de las empresas obligadas a ella, ya que si no puede cumplir directamente, la ley le franquea los medios para el cumplimiento alternativo.

2.- Es en el marco de lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Código del Trabajo que el empleador se encuentra obligado a exigir a personas discapacitadas o asignatarias de una pensión de invalidez, en forma previa a su contratación, los exámenes médicos sobre las condiciones personales para laborar en faenas como las señaladas, a fin de proteger su vida y salud.

3.- Cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que por su naturaleza lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.

ANTECEDENTES:

1) Instrucciones de 01.07.19, de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.

2) Presentación de 24.05.2019, de don Gabriel Ascencio San Martín, Subgerente Asuntos Legales – Seguridad Social, Asociación Chilena de Seguridad.

SANTIAGO,

20 AGO 2019

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL

**A : SR. GABRIEL ASCENCIO SAN MARTÍN
RAMÓN CARNICER N° 163
PROVIDENCIA**

jurídico



Mediante presentación del antecedente 2), Ud. ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento jurídico que haga referencia a los exámenes preocupacionales a personas con discapacidad, en el contexto del cumplimiento de la Ley N° 21.015, y a que el resultado de los mismos no pueda ser usado por las entidades empleadoras como justificación al incumplimiento de sus obligaciones en materia de inclusión laboral, ni menos todavía someter a tales exámenes a personas que evidentemente y por razones físicas, apreciables a simple vista, arrojarán resultados negativos.

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

1.- El Código del Trabajo, en el artículo 157 bis inciso 1°, dispone:

“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, los incisos 1° y 2° del artículo 157 ter del mismo Código, 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”.

Ahora bien, al tenor de la nueva normativa se establece un mecanismo de cumplimiento alternativo de la obligación legal contenida en el inciso 1° del artículo 157 bis del Código del Trabajo, el que solo operará por las razones fundadas expresamente contenidas en el inciso 2° del artículo 157 ter citado, 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.

En consecuencia, en virtud de las normas señaladas las empresas que se encuentren en la hipótesis prevista por el legislador en el artículo 157 bis del Código del ramo, deberán cumplir directamente la obligación de contratación o bien, mediante alguna de las medidas alternativas señaladas en las letras a) y b) del artículo 157 ter, solo si se acredita una razón fundada de las descritas en la ley. No existe ninguna otra circunstancia que justifique el incumplimiento de la norma por parte de las empresas obligadas a ella, ya que si no puede cumplir directamente, la ley le franquea los medios para el cumplimiento alternativo.

2.- Respecto a los exámenes preocupacionales a que hace mención en su presentación, cabe señalar lo siguiente:

La jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) contenida en dictamen N° 69942, de 30.10.2012, sostiene que este tipo de exámenes "(...) son programas de selección de personal, los cuales buscan definir la compatibilidad de salud de trabajadores con riesgos laborales a los que estarán expuestos, en cumplimiento a lo prescrito en los artículos 184 a 187 del Código del Trabajo (...)".

La misma jurisprudencia agrega que estos exámenes "se practican a postulantes a un cargo, esto es, a personas que aun no tienen la calidad de trabajadores dependientes, por ende, se efectúan fuera de la órbita de la Ley N° 16.744 (...)".

En relación con lo anterior, en virtud del deber de protección que tiene el empleador, de acuerdo a las normas de los artículos 184 y siguientes del Código del Trabajo, se encuentra obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, y cuando estas se desarrollan en industrias o faenas insalubres o peligrosas los dependientes deben acreditar su aptitud para poder laborar en ellas, mediante el respectivo certificado médico.

Por lo tanto, es en el marco de lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Código del Trabajo que el empleador se encuentra obligado a exigir a personas discapacitadas o asignatarias de una pensión de invalidez, en forma previa a su contratación, los exámenes médicos sobre las condiciones personales para laborar en faenas como las señaladas, a fin de proteger su vida y salud.

3.- En cuanto a posibles imputaciones de discriminación por parte de las personas sometidas a los exámenes preocupacionales, en atención a los resultados negativos de estos, cabe señalar que nuestro sistema jurídico consagra como un derecho fundamental el derecho a no ser discriminado. Así, el inciso 3° del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República establece:

"Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (...)"

Dicho precepto constitucional es recogido en materia laboral en el artículo 2 del Código del Trabajo, que en sus incisos 3° y 4° prescriben:

"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Entonces, tratándose de distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en razón del sexo, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, entre otras, constituyen, a la luz de los preceptos transcritos, conductas discriminatorias en el ámbito laboral, en tanto no se basen en criterios de capacidad o idoneidad personal.

Por otra parte, el ámbito del derecho a no ser discriminado también alcanza a la etapa de acceso al empleo, al disponer el inciso 6° del artículo 2 del Código del Trabajo lo siguiente:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

De lo anterior se colige que cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, lo exijan podría constituir un acto de discriminación arbitraria.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 20.609, de 24.07.2012, que establece medidas en contra de la discriminación, las personas que se sientan afectadas por actos u omisiones catalogados como discriminación arbitraria, podrán accionar ante los Tribunales de Justicia, a través de la acción de no discriminación arbitraria, si así lo estima pertinente.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1.- Las empresas que se encuentren en la hipótesis prevista por el legislador en el artículo 157 bis del Código del ramo, deberán cumplir directamente la obligación de contratación o bien, mediante alguna de las medidas alternativas señaladas en las letras a) y b) del artículo 157 ter, solo si se acredita una razón fundada de las descritas en la ley. No existe ninguna otra circunstancia que justifique el incumplimiento de la norma por parte de las empresas obligadas a ella, ya que si no puede cumplir directamente, la ley le franquea los medios para el cumplimiento alternativo.

2.- Es en el marco de lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Código del Trabajo que el empleador se encuentra obligado a exigir a personas discapacitadas o asignatarias de una pensión de invalidez, en forma previa a su contratación, los exámenes médicos sobre las condiciones personales para laborar en faenas como las señaladas, a fin de proteger su vida y salud.

3.- Cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que por su naturaleza lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.

Saluda atentamente a Ud.,


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




MBA/MBM/mdm
Distribución:
- Jurídico
- Partes