



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E. 39820 (1395) 2020

Jurídico

285

ORD. N°: _____

MAT.: No existe inconveniente jurídico para que el empleador, en virtud de lo señalado, solicite a sus trabajadores o postulantes a empleos, la información que acredite su calidad de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, a través de los documentos indicados en el presente informe.

Además, para efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 7 letra b) del Reglamento N° 64 de 2017, que "Aprueba Reglamento del Capítulo II "De la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad", deberá distinguir si la oferta de trabajo es publicada, a través de la Bolsa Nacional de Empleo, o si se utilizan otros medios de publicación e información, conforme a lo señalado en el cuerpo de este documento.

ANT.: 1) Instrucciones de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios laborales del Departamento Jurídico y Fiscalía, de 12.01.2021.

2) Instrucciones de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios laborales del Departamento Jurídico y Fiscalía, de 07.01.2021.

3) Presentación del Sr. Andrés Rodríguez Morales, abogado, del Estudio Jurídico Valdés & Compañía Abogados, de 06.08.2020.

SANTIAGO, 25 ENE 2021

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SR. ANDRÉS RODRÍGUEZ MORALES
ABOGADO
ESTUDIO JURÍDICO VALDÉS & COMPAÑÍA ABOGADOS
CALLE HUERFANOS N° 1117, OFICINA 716
SANTIAGO
Valdesycia@valdesycia.com**

Mediante documento singularizado en el ANT.3) se ha solicitado a este Servicio un pronunciamiento jurídico en virtud de la presentación efectuada por la recurrente, relacionado con determinar la forma de acreditar la calidad de persona con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en el marco de la razón fundada contenida en el artículo 157 ter

inciso 2 del Código del Trabajo, esto es, *"la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado"*.

A su vez, se solicita pronunciarse sobre la manera de documentar la circunstancia de no haber personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, interesadas en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador.

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

El inciso 1 del artículo 157 ter, del Código del Trabajo, prescribe:

"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"*.

Por su parte, el inciso 2 de la disposición citada, señala que *"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"*

Al respecto y en relación a su primera consulta, este Servicio en el dictamen N° 6245/47 de 12.12.2018, señaló, en el punto IV, sobre la procedencia legal de solicitar a trabajadores y/o postulantes a un empleo documentos que acrediten su condición de personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez, que *"Como primer antecedente relevante, debemos indicar que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley N°20.422 sobre "Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad", la certificación de la discapacidad sólo será de competencia de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), razón por la cual, para los efectos de la Ley N°21.015, la discapacidad solo podrá ser acreditada mediante un certificado de la COMPIN que así lo señale, o bien, mediante el comprobante de inscripción en el Registro Nacional de Discapacidad. Por otra parte, la condición de asignatario de una pensión de invalidez deberá ser acreditada mediante el respectivo certificado de la institución previsional que otorga legalmente dicha pensión, sin perjuicio de lo que puedan instruir a este respecto la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Pensiones u otros organismos competentes.*

Habiendo hecho presente lo anterior, y teniendo en consideración que el empleador no puede legalmente estar en posesión de la documentación antedicha a menos que voluntariamente se la haya otorgado la persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez, resulta del todo pertinente clarificar si es que los empleadores están legalmente facultados para solicitarles a sus trabajadores y/o postulantes a un empleo, documentos que acrediten su condición de personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional. Lo anterior, para efectos de poder dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo.

Antes de resolver la interrogante planteada, resulta necesario tener presente que el inciso segundo del artículo 12 de la Ley N°20.584, que *"Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud"*, establece que: *"Toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2° de la ley N°19.628."* Por su parte, la letra g) del artículo 2° de la Ley N°19.628

sobre "Protección de la Vida Privada", señala que son datos sensibles aquellos que se refieren, entre otros, a los "estados de salud físicos o psíquicos" de las personas.

De la normativa legal en cuestión, resulta manifiesto que la información relativa a la discapacidad de una persona o a si es asignataria de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional debe ser considerada como un dato sensible, y que por lo tanto, su tratamiento debe realizarse en forma restrictiva, a fin de asegurar el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, lo cual es una garantía constitucional contenida en el número 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La consecuencia práctica de lo anterior es que los empleadores no pueden acceder a esta información a menos que cuenten con el consentimiento del titular de ella, esto es, la persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez".

Ahora bien, -este dictamen concluyó-, "en lo que respecta a la posibilidad que tienen los empleadores de solicitar información a sus trabajadores, o a personas que estén postulado a un empleo, referentes a su estado de discapacidad o a ser asignatarias de una pensión de invalidez, este Servicio considera que dicha solicitud se ajusta a derecho; toda vez que una interpretación contraria significaría que los empleadores estarían imposibilitados de acreditar el cumplimiento del inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo, lo cual sería una interpretación que iría en directo detrimento de la finalidad de la Ley N°21.015, cual es fomentar la contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez. Ciertamente, por tratarse de un dato sensible, toda información referente a una discapacidad o pensión de invalidez deberá ser solicitada y administrada con absoluta confidencialidad y respeto a la vida privada y honra de la persona a quien se le consulta; no obstante, por constituir antecedentes necesarios para el cumplimiento de la Ley N°21.015, este Servicio interpreta que los empleadores están facultados para solicitar información a sus trabajadores y/o postulantes de empleo, a fin de acreditar su condición de persona con discapacidad o asignataria de una pensión de invalidez.

Sin perjuicio de lo anterior, el trabajador y/o postulante de empleo se encuentra legalmente autorizado a rehusarse a proporcionar esta información a quien se la está solicitando, no siendo necesario otorgar ningún tipo de fundamento a dicha negativa; al ello tratarse de una decisión propia de la esfera de intimidad de cada persona. A este respecto, este Servicio viene a reafirmar el criterio asentado mediante Ord. N°1617/25 de 29.03.2018, en el sentido de que puede constituir un acto de discriminación arbitraria toda exigencia que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador para un cargo, razón por la cual, ante la negativa de los trabajadores y/o postulante de empleo a proporcionar esta información, los empleadores no podrán tomar ninguna medida o represalia en contra de tales personas, al ello constituir una conducta de abierta discriminación que nuestro ordenamiento jurídico sanciona expresamente.

Finalmente, este Servicio considera relevante destacar que, en la eventualidad de que un trabajador y/o postulante a un empleo consienta en otorgar información referente a su discapacidad o pensión de invalidez, los empleadores deberán guardar total confidencialidad y reserva, conforme a lo dispuesto por el artículo 154 bis del Código del Trabajo, el cual indica que: "El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

En consecuencia, en opinión de quien suscribe, no existe inconveniente jurídico para que el empleador, en virtud de lo señalado, solicite, a sus trabajadores o postulantes a empleos, la información que acredite su calidad de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, a través de los documentos indicados precedentemente.

En cuanto a su segunda consulta, a través del dictamen ORD. N°1617/25, de 29.03.2018, este Servicio concluyó que, del artículo 7 letra b) del Reglamento N° 64, de 2017, que "Aprueba Reglamento del Capítulo II "De La Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad", "se colige, según lo precisado en

el dictamen Ord. N° 1613/024, de 29.03.2018, que para que opere la norma de excepción, la oferta de trabajo que efectúe el empleador deberá reunir los siguientes requisitos:

1) La oferta de trabajo deberá ser publicada ya sea, a través de la Bolsa Nacional de Empleo, creada por la ley N° 19.728, de 2001, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que "Establece un Seguro de Desempleo"; o cualquier otro medio de información, o sistema o plataforma de acceso público de información e intermediación laboral.

A su vez, la forma amplia como se encuentra redactada la norma, permite sostener que el medio de información utilizado puede ser gráfico, visual, escrito, radial, o vía web, de acceso público e intermediación laboral.

2) Que la oferta de trabajo se publique con el perfil requerido para el cargo o función en la empresa, conteniendo sus características técnicas esenciales.

Precisado aquello, para configurar esta excepción, el empleador deberá acreditar que respecto de estas ofertas de trabajo publicadas, no recibió postulaciones que cumplan el perfil requerido y que, además, aquellas postulaciones correspondan a personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez."

Luego, la parte final del último inciso del artículo 7 del Reglamento citado precisa "Si el empleador publicó sus ofertas a través de la Bolsa Nacional de Empleo, la sola certificación que ésta otorgue acreditará estas circunstancias."

De esta manera, para efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos contenidos en la norma citada, deberá distinguir si la oferta de trabajo es publicada, a través de la Bolsa Nacional de Empleo, o si se utilizan otros medios de publicación e información.

En el primer caso, la sola certificación de dicha entidad acreditará los elementos que la convocatoria debe contener; por otra parte, si se utilizan otros medios de publicación deberá considerar el contenido del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, cuando aquella contrate doscientos trabajadores o más, la que deberá consignar en un registro los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

Agrega, el dictamen ORD. N°6245/47, de 12.12.2018, en relación a la oportunidad de publicar la oferta de trabajo que "A este respecto, el que la oferta sea publicada con suficiente antelación a la fecha en que debe de cumplirse lo dispuesto por el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo, es un requisito necesario para ajustarse a la hipótesis de exclusión legal de "falta de interés en una determinada oferta de empleo por parte de las personas con discapacidad", toda vez que no podría concluirse la existencia de una falta de interés si es que la oferta ha sido publicada brevemente y con escasa anticipación. Entender lo contrario sería interpretar que la mera publicación de una oferta de empleo, brevemente y en cualquier momento, sería motivo suficiente como para entender que no existe interés en dicha oferta por parte de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, lo cual contrariaría el sentido natural y obvio de la norma en análisis, además de establecer un incentivo perverso a incumplir la Ley N°21.015 por medio de la publicación de una oferta de empleo que carece de un ánimo real de contratación.

Por todo lo anterior, este Servicio hace presente que, para que las empresas puedan acogerse a la medida alternativa de cumplimiento descrita por la letra b) del artículo 7 del Reglamento, la publicación de la oferta de empleo necesariamente deberá realizarse con suficiente duración y antelación a la comunicación electrónica que las empresas deben enviar a la Dirección del Trabajo en enero de cada año".

Reitera dicha jurisprudencia el dictamen ORD. N°3376/35, de 30.12.2020 de este Servicio, que concluye "En ese sentido, la empresa

que justifique la razón fundada derivada de la falta de interés de las personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional en las ofertas de trabajo que haya formulado el empleador, deberá acreditar al momento de realizar la comunicación electrónica a que se refiere el artículo 6° del Reglamento, la circunstancia de haberse verificado la publicación de la o las referidas ofertas de empleo con suficiente duración y antelación".

Cabe agregar que conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del decreto N°64, 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:

"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".

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y comentadas, jurisprudencia administrativa citada, y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud., que no existe inconveniente jurídico para que el empleador, en virtud de lo señalado, solicite, a sus trabajadores o postulantes a empleos, la información que acredite su calidad de personas con discapacidad o asignatarias de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, a través de los documentos indicados precedentemente.

Además, para efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 7 letra b) del Reglamento N° 64 citado, deberá distinguir si la oferta de trabajo es publicada, a través de la Bolsa Nacional de Empleo, o si se utilizan otros medios de publicación e información.

En el primer caso, la sola certificación de dicha entidad acreditará los elementos que la convocatoria debe contener; por otra parte, si se utilizan otros medios de publicación deberá considerar el contenido del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, cuando aquella contrate doscientos trabajadores o más, la que deberá consignar en un registro los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales.

Saluda atentamente a Ud.,

JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



CDP/AAV
Distribución:
-Interesado
-Partes
-Jurídico