Modifica el Código del Trabajo en materia de nacionalidad de los trabajadores y de protección de los trabajadores extranjeros

Boletín N°11125-13

INTRODUCCIÓN.

Nuestro país no se encuentra ajeno al fenómeno mundial de las migraciones ni de sus impactos sociales, laborales, económicos y culturales. Estamos frente a un conjunto de desafíos regulatorios que sin duda ponen a prueba la solidez institucional de los países, básicamente porque en el siglo XXI las migraciones no necesariamente constituyen mecanismos de incentivo al desarrollo que los países implementan para la potenciación de una u otra zona de su territorio, o de diversas actividades comerciales específicas, sino que se presentan como consecuencia de guerras formales, conflictos armados informales, desastres humanitarios producto de catástrofes naturales o como ´producto del abandono de países a consecuencia de severas restricciones económicas o crisis de abastecimiento y de empleo.

Respecto a esta última variable, nuestra legislación laboral es particularmente vaga en materia regulatoria del trabajo de extranjeros, determinando únicamente una proporción de personal foráneo que puede contener la planilla de una empresa de más de 25 trabajadores, su forma de cálculo y el hecho de que gozan de los derechos laborales todos los trabajadores dependientes, sin distinción de su nacionalidad. Vale decir, no existe norma alguna relativa a procesos de inmigración masiva que afecte la composición de nuestro empleo.

La presente propuesta Legal, se fundamenta en los cambios que ha experimentado el fenómeno de la migración, mostrando comparativamente el progresivo aumento actual de población extranjera que hace ya más de una década se ha presentado en el territorio nacional, y las características de los procesos migratorios que históricamente se han dado en nuestro país.

Al remarcar dichas diferencias entre estos dos procesos, se remarca que uno de los principales aspectos necesarios de regular adecuadamente, es el referido al empleo, que consiste en una propuesta legal de modificación al Código del Trabajo que apunta a dar cuenta de la realidad laboral que implica el creciente proceso migratorio acaecido en el país.

Creemos que el Estado tiene la obligación de actualizar la legislación laboral a las diferentes realidades que una sociedad va experimentando; muestra de ello es la evolución de las diversas formas de contratación que han implicado la necesidad de elaborar estatutos especiales para trabajadores que se desempeñan como trabajadores de casa particular, en artes y espectáculos, deportistas profesionales, portuarios, agrícolas y tripulantes de vuelo

y de cabina; todas estas actividades han adquirido con el transcurso del tiempo una fisonomía especial que pone en tensión dos ejes fundamentales: el desarrollo eficiente de una actividad productiva y comercial, y el respeto y resguardo de los derechos del trabajador en la relación laboral. En el caso de los inmigrantes, si bien nos e trata de actividades especiales, sino que de la incorporación de nuevos trabajadores al mercado laboral, estamos frente a un fenómeno masivo que no se puede resolver simplemente a través de la actual normativa del artículo 19.

De esta forma, nos asiste el convencimiento que el proceso migratorio pone frente a la legislación laboral un conjunto de desafíos relevantes, que es necesario abordar a partir de una regulación adecuada, pero también a través de instancias de diálogo social como la creada en la Ley 20.940, el Consejo Superior Laboral, que siendo de carácter consultivo, puede y debe ilustrar al Estado sobre las mejores alternativas de políticas públicas para el desarrollo de un mercado del trabajo sano que permita la asimilación de un fenómeno nuevo como lo es la inmigración de personas que incidirán inevitablemente en los equilibrios de nuestro sistema laboral.

1. Caracterización de la Migración Actual en Chile.

Siguiendo en esta materia un acucioso trabajo elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional, a través de su sección de Información Territorial sobre la base de las cifras del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, durante la primera mitad de esta década, las cifras reafirman la permanencia de ciudadanos que provienen principalmente de las naciones fronterizas y otras también andinas, y se trata de personas cuya permanencia se concentran en las regiones de mayor dinamismo demográfico y económico.

Tanto en las solicitudes de permanencias definitivas otorgadas, como de visas de permanencia, no se trata de un conteo tipo censo o catastro de los inmigrantes, sino que de actos administrativos que los ciudadanos extranjeros deben cumplir para permanecer en el país, y aun cuando una persona puede generar más de un acto administrativo durante su permanencia, la declaración de nacionalidad y lugar en que se generó la solicitud permiten hacerse una idea y dimensionar esta temática.

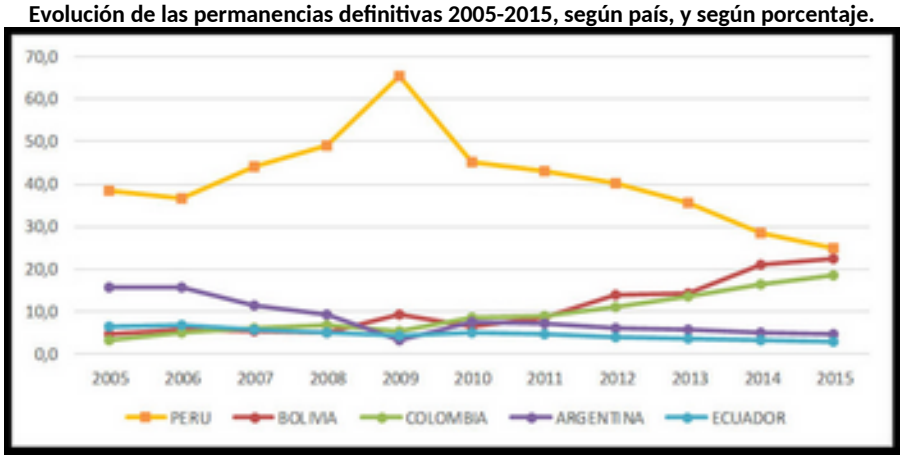
De esta manera, es posible señalar que la inmigración actual en Chile se caracteriza por poseer una predominancia de personas provenientes de Sudamérica, principalmente los países fronterizos, aun cuando se ha experimentado una creciente alza de provenientes de países con los cuales Chile no posee frontera común, como Colombia o Ecuador. Adicionalmente, a fines de 2013 y con más fuerza cada año, se observa una creciente presencia de ciudadanos haitianos, concentrados principalmente en la Región Metropolitana.

La revisión del número de las permanencias definitivas otorgadas (2005-2015), permite diferenciar el flujo migratorio real, de aquellos flujos turísticos o los visados temporales,

cuya dimensión responde a situaciones informales, dado que las políticas públicas en materia migratoria en general y laboral en particular, debe considerar precisamente aquellas personas que ingresan al país con un ánimo de permanencia y de radicar en nuestro territorio su domicilio.

Entonces, combinando las variables país de origen y solicitudes de permanencia definitiva, la BCN ha construido el siguiente gráfico:

Evolución de las permanencias definitivas 2005-2015, según país, y según porcentaje.



Afirma la BCN, al analizar el gráfico anterior, que se puede observar que en la década 2005-2015 existe una importante presencia de ciudadanos peruanos que han sido autorizados con permanencia definitiva, encontrando su máxima expresión en el año 2009, para posteriormente comenzar a decaer hasta acercarse a tasas similares a la de los otros países predominantes. En contraposición, se puede observar que a fines del período analizado, tanto Bolivia como Colombia han incrementado su presencia en la obtención de permanencias definitivas, inflexión que se desarrolla a partir del año 2011 con mayor fuerza y visibilidad.

El detalle de los otorgamientos de permanencia definitiva respecto de la década 2005-2015 presenta como la principal nación de procedencia de los solicitantes a:

•Perú, con 109.764 otorgamientos (40,4%);
•Bolivia con 35.482 (13,1%)
•Colombia con 29.802 (11%).
•Cabe destacar que ésta última nación ha desplazado del tercer lugar a Argentina que posee 18.043 (6,6%).

Hasta aquí las menciones al trabajo de la BCN. De las consideraciones señaladas, es posible indicar que la migración actual en Chile presenta tres características relevantes:

a) Se trata de una migración cuya causa es exógena, en razón a que los inmigrantes arriban al país en busca desde países que no les ofrecen buenas expectativas de empleo, remuneraciones o beneficios. Por lo tanto no es Chile el que busca esta inmigración, por ejemplo por falta de mano de obra, sino que al igual que en otros países, la causa es externa.

b) No se trata de una inmigración planificada, sino que ha sido impuesta al país por los hechos, por lo que la institucionalidad debe hacer un esfuerzo de adaptación extraordinario ante el acaecimiento de una circunstancia no prevista ni buscada.

c) Se trata de una inmigración que impacta en las estructuras sociales ligadas a la salud, la educación, la seguridad social y especialmente en el empleo, al tratarse no de un refugio temporal buscado en condiciones de urgencia, sino que se trata de una inmigración que con claridad busca la permanencia y el domicilio de extranjeros por largo tiempo y ello impacta en las dimensiones de nuestro mercado de trabajo.

Esta conclusión no es arbitraria, sino que se demuestra fehacientemente si observamos el estudio "Migración en Chile 2005-2014" publicado en 2014 por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que señala que "desde el retorno de la democracia en Chile, a comienzos de la década del 90, este país se convirtió en un importante destino para la migración internacional, ligado principalmente al fortalecimiento de la economía, su crecimiento y estabilidad política, además de la consolidación institucional, hechos que pueden ser antecedentes relevantes a la hora de decidir emprender un proyecto migratorio".

Consecuente con ello es útil poder observar la composición del empleo de extranjeros en Chile, conforme el siguiente diagrama:

Ocupados extranjeros por rama actividad económica

Actividad	Total	%
Comercio	38.545	23,8%
Actividades de los hogares	23.710	14,7%
Alojamiento y servicios de comida	19.406	12%
Construcción	17.905	11,1%
Manufactura	10.707	6,6%
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	7.095	4,3%
Resto	43.917	27,2%

Fuente: Clapes UC / INE

2. ¿Por qué enfocarse en el empleo como impacto del fenómeno de la inmigración?

Básicamente porque un proceso de inmigración sin un marco regulatorio adecuado puede crear, objetivamente, inestabilidades regionales y sectoriales en el empleo, pero también

debemos entender que la falta de regulación laboral alimenta mitos y resentimientos entre la fuerza laboral activa ante los ciclos económicos difíciles, ante los cuales se puede llegar a responsabilizar injustificadamente a los trabajadores extranjeros.

Interesante punto de vista encontramos en un trabajo de los economistas Dante Contreras y Jaime Ruiz Tagle del Centro de Microdatos de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile, quienes junto a Paulina Sepúlveda economista del BID, publicaron en junio de 2012 el documento "Migración y Mercado Laboral en Chile":

"*Una de las principales preocupaciones respecto a los procesos migratorios en los países de acogida son los efectos en el mercado laboral. En especial, se teme que la inmigración al menos en el corto plazo, pueda tener efectos negativos en las oportunidades en el mercado laboral de la población residente en el país. En efecto, según el modelo económico básico un aumento en la oferta laboral, producto del arribo de inmigrantes, podría disminuir los salarios en la economía o aumentar el desempleo de los trabajadores residentes, particularmente a aquellos trabajadores que cuentan con los mismos niveles de calificación. Si el proceso migratorio está concentrado principalmente en migración de trabajadores de baja calificación, entonces los trabajadores residentes de baja calificación teóricamente se debieran ver afectados por la migración, disminuyendo sus salarios y aumentando sus tasas de desempleo*.".

Respecto a esto, y sobre la base de un trabajo de Okkerse (2003), podemos señalar que "*la mayoría de los estudios empíricos en temas de inmigración utilizan análisis de área, en que se correlaciona, a través de los mercados del trabajo locales, salario y tasas de empleo con la inmigración. Éstas correlaciones espaciales sugieren, que un 10% de participación de inmigrantes en el sector reduce el salario de los trabajadores nativos en cerca de un 1%*.".

Por su parte, Borjas (2003) focalizándose en la correlación de grupos de diferente calificación (utilizando educación y experiencia cómo indicadores de habilidad), encuentra que "*un incremento en el tamaño del grupo de inmigrantes de un 10% baja los salarios de los trabajadores en ese grupo en 2 a 3% y reduce las horas trabajadas a la semana en 2%*.". Mientras que Card (2001), encuentra que en ciudades con mayor concentración de inmigrantes (con una concentración del 10%) se reducen los salarios de los trabajadores no calificados nativos entre un 1y 3%.".

Con todo, debemos reconocer que en Chile no existen estudios focalizados en este problema que permitan predecir un impacto concreto, lo cual aumenta exponencialmente la necesidad de regular preventivamente las diferentes posibilidades de aumento de migrantes en nuestro mercado de trabajo.

3. Las Tendencias de la Inmigración a Chile.

Una primera mirada necesaria a la historia de las migraciones en nuestro país debe ser a los Españoles provenientes de Navarra y el país Vasco, dando origen a la denominada inmigración castellano-vasca, hacia.

En el siglo XVIII, buena parte de los españoles que llegaban a Chile a trabajar en la administración colonial o el comercio eran vascos. Gracias a su carácter austero y a los vínculos comerciales que tenían con la península, muchos de estos inmigrantes amasaron fortunas considerables, comenzando a establecer lazos matrimoniales entre estos y la élite local, dueña de grandes extensiones de tierras y poseedora de prestigio social.

Este grupo se consolidó rápidamente como dominante en la segunda mitad del siglo XVIII, conservando su posición durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Como forma de consolidar su poder, era frecuente en este grupo la compra de títulos de nobleza u órdenes de caballería, así como el establecimiento de mayorazgos, lo que les permitió conservar grandes propiedades sin la necesidad de dividirlas.

El principal centro de asentamiento de este grupo coincidía con las fronteras de la Capitanía General de Chile, es decir en una parte del norte y la zona centro-sur del país, desde La Serena, pasando por Santiago hasta Concepción. Además de su abierto apoyo al movimiento emancipatorio a principios del siglo XIX, la influencia de la aristocracia castellano-vasca fue tal, que podría decirse que la base de la institucionalidad chilena de los siglos XIX y XX obedece mayormente a su influencia directa.

Los movimientos migratorios han sido una constante a través de la historia. Chile no ha sido la excepción. En efecto, desde la independencia a la fecha distintos grupos de inmigrantes han llegado al país. Una de las principales políticas dirigidas a aumentar la llegada de los migrantes fue La Ley de Inmigración Selectiva de 1845, medida formulada por el gobierno con el fin de atraer a personas de origen europeo a la zona sur de país. Se trata de un caso importante que representa a la inmigración como política pública de un Estado a fin de desarrollar una zona geográfica determinada, la cual no pudo haberse potenciado sin la concurrencia de extranjeros cuya dedicación exclusiva a dicha zona permitió la creación de asentamiento económica y socialmente sustentables.

Como resultado, de dicha política se establecieron en el país tanto inmigrantes alemanes, austríacos, italianos, franceses, holandeses y croatas, poblando principalmente la región de la Araucanía y de Los Lagos.

Es interesante el análisis de este caso como ejemplo, primero, de un tipo de inmigración planificada y con un objetivo de política pública, y, segundo, por sus efectos cuando enfrenta un esquema nacional desregulado; así lo expresa el trabajo “Colonización Alemana en Valdivia y Llanquihue” (Biblioteca Nacional, 2016):

"En las dos últimas décadas del siglo XIX, los colonos lograron desarrollar una pequeña industria. En Valdivia se constituyó un sector dedicado a la elaboración de cerveza, curtiembres, astilleros y aserraderos; en las orillas del lago Llanquihue y en los llanos de Osorno, las actividades agropecuarias se desarrollaron en función del abastecimiento de insumos para el enclave valdiviano y en Puerto Montt prosperó el comercio con Hamburgo, lo que contribuyó al aumento de la demanda para la producción de los colonos alemanes.

Sin embargo hacia 1870, ya se reflejaba el impacto de la colonización sobre las comunidades mapuche y huilliche habitantes de la zona. Debido al aumento de población en la región, surgió la necesidad de expansión hacia nuevas tierras debido a una economía principalmente agraria, lo que supuso una serie de irregularidades para ocupar terrenos que, tradicionalmente y desde tiempos prehispánicos, pertenecían a las comunidades indígenas que vivían ahí. Bajo un sistema impune y desregularizado la colonización supuso una ocupación a través de medidas ilícitas y fraudulentas de tierras mapuche, relegándolos a zonas geográficas marginales y destruyendo su unidad de organización básica: la comunidad, lo que a largo plazo implicaría el desarrollo de importantes conflictos entre los habitantes de la región.".

A principios del siglo XX, un grupo importante de inmigrante árabe, en su mayoría palestino, arribó el país instalándose principalmente en Santiago. Este importante proceso inmigratorio fue producto de la opresión desatada en el imperio Otomano y el estallido de la Segunda Guerra Mundial. Durante varios años, Chile detentó la mayor colonia de inmigrantes palestinos. En este caso estamos frente a otro tipo de inmigración, producto de guerras o conflictos armados que no permiten prever efectos en la economía y en la sociedad; cuando en estos casos la inmigración es masiva, los problemas en el mercado de trabajo tienden a potenciarse de manera significativa.

Mientras que, a mediados del siglo XX luego del estallido de la Guerra Civil Española y Segunda Guerra Mundial una segunda oleada de migrantes europeos arribó al país. A fines del siglo XX, con el término del gobierno militar y los altos niveles de crecimiento del país, los procesos migratorios sufrieron un gran cambio. La mejora en los ingresos, el aumento del empleo, la disminución de la pobreza y la estabilidad política del país, incentivaron la migración de países limítrofes hacia Chile (Perú, Bolivia y Argentina), proceso que se ha prolongado hasta principios del siglo XXI con la incorporación de otros países de Latinoamérica no limítrofes. Las características de esta última oleada de inmigración son su masividad y la clara disposición a su asentamiento y participación en el empleo del país.

4. Contenidos de la Iniciativa.

Como se dijo, el Código del Trabajo no aborda de manera suficiente el fenómeno de la inmigración, limitándose únicamente en sus artículos 19 y 20 a regular el porcentaje límite de extranjeros que pueden prestar servicios en una empresa, y, los criterios de

especialización que permiten excluir a algunas personas de la base de cálculo de dicho porcentaje.

Esta norma es absolutamente insuficiente frente al fenómeno migratorio que enfrenta el país. Tampoco, entendemos, se trata de intentar arbitrariamente de aumentar este porcentaje (15%) para proteger las fuentes de trabajo para connacionales que eventualmente se pudieren ver perjudicados en sus oportunidades de empleo.

Una adecuada política pública en la materia implica observar con atención los sectores en los que transitoriamente son más demandantes de mano de obra, las zonas geográficas en las que un exceso de mano de obra puede ser absorbido, y, fundamentalmente, que la legislación proteja adecuadamente los derechos laborales de todos los trabajadores sin distinción de su nacionalidad.

Los criterios que conforman esta propuesta son los siguientes:

a) Ratificación de la protección de los derechos laborales individuales y colectivos delos trabajadores extranjeros;
b) Aplicación selectiva del porcentaje máximo de contratación de extranjeros en diversas actividades productivas, y,
c) Regulación de la base de cálculo del porcentaje máximo de contratación de extranjeros.

De esta manera, se proponen los siguientes contenidos:

1. En lo formal, se propone reemplazar el Capítulo III del Título I del Libro I del Código del Trabajo.

2. Rebajar a dos años la residencia que permite ser excluido del cálculo del porcentaje máximo de contratación de extranjeros.

3. Adecuación del estado civil que se relaciona con el cálculo citado, incorporando a los contrayentes de Acuerdo de Unión Civil.

4. Regulación de casos en los que no se aplica el porcentaje máximo de contratación de extranjeros.

Conforme lo señalado en los fundamentos de esta iniciativa legal, tengo la honra de proponeros el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Modifícase el Código del Trabajo de la siguiente manera:

1) Reemplázase el epígrafe del Capítulo III del Título I del Libro I, por el siguiente:

"DE LA NACIONALIDAD DE LOS TRABAJADORES Y PROTECCIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS"

2) Reemplázase el artículo 19 por el siguiente:

"Artículo 19.- El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores contratados en una empresa, deberán ser de nacionalidad chilena.

Para computar la proporción señalada en el inciso anterior, se seguirán las siguientes reglas:

1. Si la empresa se divide en dos o más establecimientos, cualquiera fuere su ubicación, el porcentaje señalado en este inciso se calculará sobre la suma de los trabajadores que laboran en ellos.

2. Se excluirán de este límite aquellos trabajadores que ejecuten alguna especialidad técnica o profesional y que su calidad de tal sea debidamente acreditada en el respectivo contrato de trabajo mediante el título o certificado correspondiente. En este caso, el trabajador deberá desempeñar como función aquellas derivadas de su especialidad.

3. Se excluirá, asimismo, a los extranjeros que sean cónyuges de chilena o chileno, o que hubieren celebrado un Acuerdo de Unión Civil aún cuando el cónyuge o el conviviente civil, en su caso, hubieren fallecido. También se excluirá de este cálculo al extranjero que tuviere hijos chilenos.

4. Para efectos del cálculo señalado en el inciso primero, se considerarán chilenos a los extranjeros residentes en chile durante 20 meses en un lapso de 24 meses, contados hacia atrás desde el momento en que se efectúe el cálculo.

5. No se considerarán como trabajadores extranjeros de la empresa principal o usuaria, en su caso, aquellos extranjeros contratados en conformidad a lo dispuesto en el Título VII del Libro I.

El porcentaje de contratación de extranjeros señalado en el inciso primero, podrá ampliarse en casos de aumentos ocasionales de actividad, requerimientos productivos y comerciales urgentes o imprevistos, y faenas agrícolas de cosecha y embalaje. En estos casos el empleador podrá contratar un número mayor de extranjeros al permitido, a condición que durante el período en el que se extiendan las circunstancias especiales mencionadas, no se produzca el despido de trabajadores nacionales por las causales contenidas en el artículo 161 de este Código.”.

3) Para reemplazar el artículo 20 por el siguiente:

“Artículo 20.- Los trabajadores extranjeros gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contemplados en este Código.

Los estatutos de las organizaciones sindicales no podrán contener normas que impliquen el rechazo de la afiliación de un extranjero que cumpla con los requisitos generales de afiliación. Asimismo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 216 de este Código, los trabajadores extranjeros podrán constituir organizaciones sindicales que los agrupen en su calidad de tal.

OSVALDO ANDRADE LARA
Diputado de la República