

NACIONALIDAD DE LOS TRABAJADORES

DESCRIPCIÓN BOLETÍN 11125-13

REFERENCIA	Modifica el Código del Trabajo para fomentar la inclusión laboral de los trabajadores extranjeros
INICIATIVA	Moción del diputado Sr. Andrade
ORIGEN	Cámara de Diputados
COMISIÓN	De Trabajo y Seguridad Social
INGRESO	1º de marzo de 2017
ARTICULADO	Artículo único, que modifica los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo

OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD

La contratación de trabajadores extranjeros no es independiente del tratamiento general que se dé a la inmigración, sobre lo cual se ha anunciado un proyecto de ley. El proyecto en análisis no altera la autorización de un 15% máximo de extranjeros para un mismo empleador, pero establece otras condiciones que no innovan, en líneas generales, respecto de la normativa vigente del Código del Trabajo. Hoy en día este límite de 15% no tiene ninguna justificación por lo que parecería más apropiado eliminarlo ■■■

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Manteniendo el 15% como porcentaje máximo de trabajadores de nacionalidad extranjera de un mismo empleador, se flexibiliza la forma de considerar extranjeros a los trabajadores para estos efectos ■■■

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO EN GENERAL

El proyecto en análisis parte de la innegable base de haberse intensificado la migración de extranjeros a Chile, especialmente de hispanoamericanos y haitianos. Aunque no siempre se reconozca así, puede afirmarse que este fenómeno se origina en la deficiente situación que deben afrontar los países de origen de estos inmigrantes, por causa de políticas ineficientes que han postergado el desarrollo económico. Chile, en cambio, desde hace varios años, ha estado al margen de ese problema, al haberse establecido las bases del desarrollo del país, que es precisamente lo que atrae a quienes se ven forzados a abandonar sus países de origen por la mala situación económica; aunque actualmente, las cifras han empeorado considerablemente y el panorama futuro se vislumbra complejo. Por tal razón, un proyecto sobre régimen laboral de los extranjeros en general, que debe necesariamente referirse también a los inmigrantes, no debería analizarse al margen de la legislación general sobre la materia, sobre la cual se ha anunciado desde fines de año pasado, un nuevo proyecto de ley.

Ahora bien, la pregunta que cabe formularse es: frente a los tratados internacionales y las declaraciones de principios que fomentan en forma amplia la inmigración y los derechos de los inmigrantes ¿qué sentido tiene dar una presunta protección a los trabajadores nacionales, fijando

un límite máximo de un quince por ciento de extranjeros - calificados en forma especial a estos efectos - para que puedan desempeñarse al servicio de un mismo empleador?

En un enfoque general, no puede omitirse lo que dispone el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política, que prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. En esta forma, la exigencia de la nacionalidad chilena para los trabajadores tiene fundamento constitucional. En relación a esta norma debe entenderse el principio legal de no discriminación por razones de nacionalidad o ascendencia nacional que contempla el artículo 2° del Código del Trabajo.

Las normas sobre nacionalidad de los trabajadores, que se pretenden modificar se ajustan, en consecuencia, al orden constitucional. Su modificación constituye una cuestión de mérito, que debe resolverse de acuerdo a la conveniencia, o no, de facilitar la gestión laboral de los trabajadores extranjeros y, tanto como lo anterior, la conveniencia, o no, de abrir los cauces de la inmigración en forma amplia. Ello no puede resolverse en forma previa a la anunciada legislación sobre nuevo régimen de inmigración ■■■

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO ESPECÍFICOS

1.- EL EPÍGRAFE

El capítulo III del Título I del Libro I del Código del Trabajo, relativo a la materia en análisis, tiene como epígrafe “De la nacionalidad de los Trabajadores”.

El Proyecto I pretende sustituir dicho epígrafe por “DE LA NACIONALIDAD DE LOS TRABAJADORES Y PROTECCIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS”

La proposición es inofensiva.

El Código del Trabajo contempla la no discriminación como un principio fundamental, conforme lo previene el artículo 2°, al que se hizo referencia. Este precepto dispone que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Estos corresponden a aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza... nacionalidad, ascendencia nacional..., etc. Ello, dentro del marco previsto por el precepto constitucional ya citado, el cual permite establecer exigencias de nacionalidad.

Ahora bien, la Protección a los Trabajadores se contempla en el Libro II del Código, y opera respecto de todos ellos, sean nacionales o extranjeros. No parece lógico, en consecuencia, referirse a la protección de los trabajadores extranjeros, en particular, pues cabría considerar que el Libro II sólo ha pasado ha regulado, hasta ahora, la protección de los trabajadores nacionales.

Además, por razones de presentación no parece adecuado calificar como norma de protección de los extranjeros una disposición que circunscribe su participación laboral para un empleador sólo hasta un quince por ciento de la dotación que éste contrate.

2.- LÍMITE MÍNIMO DEL OCHENTA Y CINCO POR CIENTO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 19 PARA LOS TRABAJADORES NACIONALES.

El artículo 19 establece actualmente que el ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que ocupe un empleador deben ser de nacionalidad chilena. Lo anterior, en el caso de empleadores cuya dotación supere las veinticinco personas.

Cabe precisar que el proyecto mantiene dicho porcentaje. No obstante propone flexibilizar en la siguiente forma:

“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.”.

El proyecto sugiere ampliaciones específicas del actual porcentaje del 85%. Ello, sólo por motivos derivados de situaciones ocasionales o imprevistas, así como de cosechas agrícolas y embalajes. La solución no es adecuada, pues queda entregada a la determinación de la autoridad, mediante criterios que pueden variar, muchas veces por factores ideológicos. De otro lado, la contratación de este excedente impone al empleador la prohibición de poner término al contrato de los trabajadores nacionales por la causal sobre necesidades de la empresa, prevenida por el artículo 161 del Código del Trabajo. Esto es, se rigidiza la movilidad de mano de obra en actividades que requieren de mayor flexibilidad. Lo que no resulta conveniente.

3.- CÓMPUTO DEL PORCENTAJE DE TRABAJADORES NACIONALES.

El artículo 20, en vigor, dispone que para computar la proporción de extranjeros permitida por la legislación deben aplicarse las siguientes normas:

“1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro

del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;

“2.- se excluirá al personal técnico especialista;

“3.- se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y

“4.- se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.”

A este respecto el Proyecto establece las siguientes modificaciones:

* Se impone la obligación de certificar la calidad técnica y profesional del trabajador, y de desempeñar, en la práctica, sólo aquellas funciones que dan lugar a la excepción. En definitiva, cierra la posibilidad de que estos trabajadores ejerzan paralelamente otras funciones, lo que constituye una barrera a su contratación;

** se excluye del cómputo como extranjero no sólo al cónyuge de un chileno, sino su conviviente civil;

*** se reduce de cinco años a veinte meses, dentro de un lapso de veinticuatro, la residencia que permite considerar chilenos a los extranjeros.

Esta reducción va en la línea determinada por la Circular sobre visa temporaria por motivos laborales, la cual habilita al extranjero para solicitar residencia permanente en Chile a los doce meses de obtenida aquélla;

****se agrega que no se consideran como trabajadores extranjeros a los contratados

por las empresas principal o usuaria, de acuerdo a las normas sobre empresa de servicios transitorios. Esta norma parece adecuada, dada la movilidad que reviste este personal.

4.- IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.

a. el Proyecto reemplaza el artículo 20, cuyo articulado pasaría a ser parte del artículo 19, por las siguientes normas:

“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.”

Ambas proposiciones son totalmente innecesarias. El artículo 2° del Código del Trabajo establece, según se dijo, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Tales actos son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza... nacionalidad, ascendencia nacional..., etc.

Este mismo principio contiene el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política, sin perjuicio de facultar a la ley para imponer la nacionalidad chilena.

De modo que no tiene sentido expresar, como lo hace el proyecto, que los trabajadores extranjeros gozarán de todos los derechos individuales y colectivos que establece el Código.

Tampoco corresponde precisar, como lo hace el proyecto, que los estatutos sindicales no podrán rechazar a los trabajadores extranjeros, ni es necesario que digan que no podrán rechazar a los trabajadores nacionales.

En cambio, puede ser contraria a la Constitución la facultad que el proyecto reconoce a los extranjeros para constituir sindicatos que los agrupen en calidad de tales, pues ello puede importar una discriminación respecto de los trabajadores chilenos ■■■

VI. **TEXTO DEL** PROYECTO DE LEY

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

- 1) Reemplázase el epígrafe del Capítulo III¹ del Título I del Libro I, por el siguiente:

“DE LA NACIONALIDAD DE LOS TRABAJADORES Y PROTECCIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS”

- 2) Reemplázase el artículo 19² 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.

1 Epígrafe actual: DE LA NACIONALIDAD DE LOS TRABAJADORES

2 Artículo 19 vigente:

Art. 19. El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena. Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.

- 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 VII³ 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 161⁴ de este Código.”.

- 3) Para reemplazar el artículo 20⁵ 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 216⁶ de este Código, los trabajadores extranjeros podrán constituir organizaciones sindicales que los agrupen en su calidad de tales.



3 Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios.

4 Art. 161. Despido por necesidades de la empresa o faena.

5 Artículo 20 vigente:

Art. 20. Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:

1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;
2.- se excluirá al personal técnico especialista;
3.- se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y
4.- se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.

6 Art. 216. Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes:

a) Sindicato de empresa: es aquel que agrupa a trabajadores de una misma empresa;
b) Sindicato interempresa: es aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos;
c) Sindicato de trabajadores independientes: es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno, y
d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.