



Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e Informes en
Derecho
E.122430(767)2022

jurisdicción

ORDINARIO N°: 706

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Trabajador extranjero en situación migratoria irregular.
Paso no habilitado.

RESUMEN:

El contrato de trabajo suscrito con un extranjero que se encuentra en Chile en situación migratoria irregular por ingresar al país por paso no habilitado, no valida su condición migratoria irregular ni tampoco la infracción del empleador por la contravención a las normas migratorias.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 24.04.2023, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho;
- 2) Presentación digital, de 07.06.2022

SANTIAGO,

12 MAY 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A:



Mediante solicitud del ANT. 2), en consideración a la Igualdad de los derechos laborales entre extranjeros y nacionales, consulta a este Servicio cuál sería el medio más idóneo para celebrar un contrato de trabajo con un extranjero que se encuentra en Chile en situación migratoria irregular por ingresar al país a través de un paso no habilitado.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. que la Ley N° 21.325 de 20.04.2021 de Migración y Extranjería, dispone las normas que reglan el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de los extranjeros al país, creando una nueva institucionalidad para estos efectos. Dicha normativa vino a sustituir la contenida en el Decreto Ley N° 1094 de 1975 y

se sustenta en una serie de principios fundamentales que garantizan, promueven y respetan los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile sin importar su condición migratoria.

El Título III de la ley recién citada, establece la forma de ingreso y egreso al país y, en ese orden, el inciso 1° del artículo 24 establece lo siguiente:

"Forma de ingreso y egreso. La entrada de personas al territorio nacional y salida de él deberá efectuarse por pasos habilitados, con documentos de viaje y siempre que no existan prohibiciones legales a su respecto."

Por su parte el inciso 1° del artículo 25 define lo que se entiende por paso habilitado para efectos de la citada ley:

"Pasos habilitados. Para efectos de esta ley, se entenderán como pasos habilitados los que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo con la firma de los ministros del interior y Seguridad Pública, de Hacienda, de Defensa Nacional y de Relaciones Exteriores."

En relación con las actividades remuneradas, el artículo 103 de la Ley en comento exige al empleador *"emplear a extranjeros que estén en posesión de algún permiso de residencia o permanencia que los habilite para trabajar, o a quienes se encuentren debidamente autorizados para ello."*

A continuación, el artículo 109, se refiere a la sanción por desarrollar actividades remuneradas sin la autorización respectiva:

"Los extranjeros que desarrollen actividades remuneradas, sin estar habilitados o autorizados para ello, serán sancionados con una multa de media a cinco unidades tributarias mensuales. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 5 del artículo 127."

El artículo 127, dispone como sanción la expulsión, a los titulares de un permiso de residencia transitoria y a aquellos que carecen de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país, así como también, a aquellos reincidentes de la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización.

Seguidamente, el artículo 117, establece las sanciones a que se encuentran afectos quienes emplean extranjeros sin autorización, según el siguiente tenor:

"Para efectos de las sanciones más abajo indicadas, los empleadores personas naturales o jurídicas que contraten a extranjeros que no estén en posesión de algún permiso de residencia o permanencia que los habilite para trabajar, o no se encuentren debidamente autorizados para ello, se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 505 bis del Código del Trabajo."

Las micro empresas serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales.

Las pequeñas empresas serán sancionadas con multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Las medianas empresas serán sancionadas con multa de treinta a cien unidades tributarias mensuales.

Las grandes empresas serán sancionadas con multa de sesenta a doscientas unidades tributarias mensuales.

Las referidas multas se aplicarán por cada extranjero contratado en las condiciones señaladas en el inciso primero.

Las multas y sanciones que asuma el empleador serán sin perjuicio de su obligación de cumplir con todas las obligaciones laborales y de seguridad social que establezca la legislación.

En caso de reincidencia en el período de dos años, contado desde la aplicación de la respectiva sanción, será castigado con aplicación de la multa en su valor máximo según lo indicado en el artículo 123.

Los extranjeros que trabajaren sin autorización conforme a lo dispuesto en el inciso primero, no serán sancionados por este hecho en caso de que efectuaren en contra de su empleador, denuncias por incumplimiento de la legislación migratoria, laboral o de cualquier otra naturaleza ante el Servicio, la Dirección del Trabajo, Tribunales de Justicia o cualquier otro órgano de la Administración del Estado."

Importa destacar el inciso final de la norma recién transcrita, que ordena la condonación de las sanciones migratorias al trabajador que denuncia a su empleador ante la Dirección del Trabajo, los Tribunales de Justicia o cualquier órgano de la Administración del Estado, por incumplimiento de las normas laborales, migratorias o de cualquier otra naturaleza.

Posteriormente, el artículo 120 de la ley de Migración y Extranjería, dispone que el Servicio Nacional de Migraciones es el órgano competente para la aplicación de las sanciones señaladas mediante resolución fundada, con excepción de aquellas que se impongan sobre residentes oficiales, las que serán aplicadas por el Subsecretario de Relaciones Exteriores.

Por lo tanto, en lo que nos convoca, de las normas citadas es posible concluir, que la ley de Migración y Extranjería regula los requisitos y condiciones para el ingreso, residencia y egreso de los extranjeros al país, las categorías migratorias que permiten realizar actividades remuneradas en Chile y aquellas que requieren autorización para ese efecto, y en consecuencia, la transgresión a estas normas constituirán infracciones migratorias sancionables por el Servicio Nacional de Migraciones.

Ahora bien, en relación con el cumplimiento de la legislación laboral y previsional, la Ley en comento, reconoce los derechos laborales de quienes aún en infracción de las normas migratorias se encuentren laborando en Chile, estableciendo en el artículo 14 lo siguiente:

"Derechos Laborales. Los extranjeros gozarán de los mismos derechos en materia laboral que los chilenos, sin perjuicio de los requisitos y sanciones que la ley establezca para determinados casos.

Todo empleador deberá cumplir con sus obligaciones legales en materia laboral, sin perjuicio de la condición migratoria irregular del extranjero contratado. Lo anterior, no obstante las sanciones que, en todo caso, está facultada para imponer la Inspección del Trabajo"

Por su parte, el artículo 2º del Código del Trabajo, en sus incisos 3º y 4º, prescribe:

"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, edad, sexo, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación."

A su vez, el artículo 19 del mismo cuerpo legal citado, indica:

" 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. "

Del análisis armónico de las normas precedentemente transcritas se infiere que, en todo lo relativo a la regulación del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico excluye cualquier discriminación o preferencia basada en la nacionalidad del trabajador, salvo que así lo contemple expresamente la ley para casos determinados.

Al respecto, nuestro legislador laboral sólo ha limitado la contratación de trabajadores extranjeros en base a la cantidad de ellos dentro de una empresa, para lo cual ha establecido una determinada proporción y reglas a aplicar a fin de hacerla efectiva, en los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo.

Tal trato igualitario no sólo deriva de los Principios que inspiran el ordenamiento jurídico laboral chileno, sino que también armoniza con la normativa internacional y los compromisos asumidos en relación con el Objetivo 8° de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas que promueve el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el Trabajo Decente.

En efecto, la doctrina reiterada de la Dirección del Trabajo ha sido categórica en señalar que los derechos laborales se encuentran igualmente protegidos sea, se trate de un trabajador nacional o uno extranjero, no siendo excusa la situación migratoria y nacionalidad del trabajador.

El Dictamen N° 5.848/386, de 26.11.1998 lo indica en los siguientes términos: *"...el hecho que un trabajador no tenga la nacionalidad chilena no autoriza para que se violen las normas laborales y previsionales, las cuales rigen por igual para todos los habitantes de la República, sean chilenos o extranjeros";*

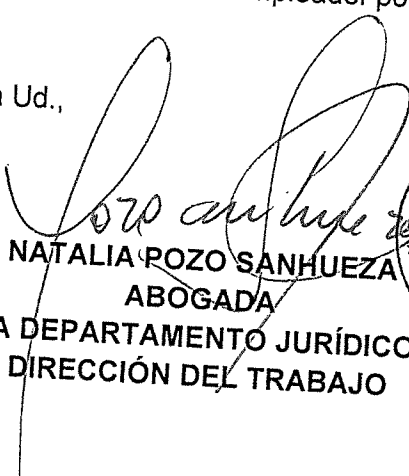
Por su parte el Ord. N°1.404, de 31.03.2017 señaló que *"... desde el punto de vista del Principio Tutelar en caso alguno la falta de autorización administrativa puede suponer la invalidez del contrato de trabajo, dado que sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, la carencia de la correspondiente autorización administrativa, esta no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones, laborales como de seguridad social, que pudieran corresponderle al trabajador extranjero.*

Así entonces, el contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero que no cuenta aún con autorización administrativa, es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empleador y trabajador, con independencia de las responsabilidades administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por parte del empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo."

En el mismo tenor, el Dictamen N° 5.848/386, de 26.11.1998. *"si el trabajador extranjero presta sus servicios personales, intelectuales o materiales bajo subordinación y dependencia, el empleador está obligado a dar cumplimiento a todas las normas laborales vigentes, entre ellas, las de los artículos 9° y 10 del Código del Trabajo, sin que tenga incidencia alguna la circunstancia de que el trabajador no reúna los requisitos de extranjería sobre residencia o permanencia legal."*

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted que el contrato de trabajo suscrito con un extranjero que se encuentra en Chile en situación migratoria irregular por ingresar al país por paso no habilitado, no valida su condición migratoria irregular ni tampoco la infracción del empleador por la contravención a las normas migratorias.

Saluda atentamente a Ud.,


NATALIA POZO SANHUEZA

ABOGADA

JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/MECB
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control