Dirección del Trabajo
Gobierno de Chile
1924 100 Años 2024

Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e informes en Derecho
E307929(2585)2023

ORDINARIO N°: 477 /

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

RESUMEN:
Aquella/os trabajadora/es extranjera/os que hubieren residido en el país por un plazo superior a los cinco años se considerarán como chilenos, independiente del permiso de residencia del que sean titulares de acuerdo con la actual normativa migratoria.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 05.06.2024, de Jefe de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S).
2) Oficio Ord. N°14.250 de 15.03.2024, de Director Nacional de Servicio Nacional de Migraciones, recibido con fecha 08.04.2023.
3) Ord. N°73 de 29.01.2024, de Jefa de Departamento Jurídico (S).
4) Presentación de 04.12.2023, de don Pedro Matamala Souper, recibida el 27.12.2023.

DE: **JEFA DE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)** 26 JUL 2024

A: **SR. PEDRO MATAMALA SOUPER**
PROVOSTE MATAMALA ABOGADOS
k.gonzalez@provostematamala.cl

Mediante documento del antecedente 4), se ha solicitado un pronunciamiento sobre el alcance de la normativa migratoria contenida en el Ley N°21.325 de Migración y Extranjería respecto de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo.

En efecto, se solicita aclarar si corresponde considerar a los extranjeros con residencia definitiva para el cómputo del porcentaje máximo de trabajadores extranjeros que pueden ser contratados en una empresa. Ello, en atención la nueva normativa migratoria y la dictación de la Ley N°21.325, la cual no modificó el artículo 20 N°4 del Código del Trabajo.

Agrega que, conforme a la legislación vigente existen casos de extranjeros que, pese a no residir en el país por 5 años, pueden adquirir la calidad de residente definitivo, como es el caso de un extranjero con residencia temporal bajo la subcategoría de extranjero que ingresa al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas los que, al cumplir dos años en el país, pueden solicitar la residencia definitiva.

Al respecto, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 19 del Código del Trabajo dispone:

"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".

Por su parte, el artículo 20 del mismo cuerpo legal, por su parte, dispone:

"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".

De las normas legales transcritas se colige que, tratándose de un empleador que dentro del territorio nacional ocupa a más de veinticinco trabajadores, a lo menos, el ochenta y cinco por ciento de estos deberá contar con la nacionalidad chilena, considerándose también como chilenos a los extranjeros en alguna de las siguientes circunstancias:

1.- con cónyuge chileno,
2.- viudo o viuda de cónyuge chileno,
3.- que tenga hijos chilenos,
4.- ser residente por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.

Respecto a la circunstancia descrita en el punto 4, cabe considerar que la residencia constituye un elemento del domicilio, según se desprende del artículo 59 del Código Civil, que señala:

"El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

Entonces una persona, aun cuando no sea domiciliada, podrá tener el carácter de residente si habitualmente vive o permanece en el país.

Por otra parte, el análisis de esta circunstancia excluyente de la limitación al número de trabajadores extranjeros requiere tener presente que el artículo 78 de la Ley N°21.235 de 20.04.2021, denominada Ley de Migración y Extranjería, señala:

> "Residencia definitiva es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.
> La residencia definitiva sólo se podrá otorgar a los extranjeros poseedores de un permiso de residencia temporal que expresamente admita postular a ella y que cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, su reglamento y el decreto supremo que fija las subcategorías señalado en el artículo 70.
> Los titulares de un permiso de residencia definitiva no requerirán de autorización previa o visa para ingresar al país".

Así también, que los artículos 79 y 80 de dicha disposición legal establecen aquellos casos en que se puede otorgar la residencia definitiva a los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal, considerando plazos menores a los cinco años establecidos en el numeral 4 del artículo 20 del Código del Trabajo, como es el caso indicado por el requirente, de aquello/as extranjero/as con residencia temporal que realizan actividades lícitas remuneradas, quienes cumpliendo los requisitos de postulación y habiendo residido en el país en tal calidad por a lo menos veinticuatro meses, pueden solicitar la residencia definitiva en el país; entre otros.

Ahora bien, tratándose de una materia que incide en el alcance de la normativa migratoria, mediante Ant. 3) se solicitó la opinión técnica del Servicio Nacional de Migración y Extranjería, que mediante Ant.2) señaló que "(...) la promulgación de la Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, modificó la exigencia de plazos de residencia en el país para postular a la residencia definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 79 de dicha ley. Sin embargo, en ciertos casos se podrá establecer un plazo inferior o superior a los dos años para postular a la Residencia Definitiva, en mérito de los antecedentes personales de la persona interesada. (...) Esta modificación no alteró la exigencia del tiempo de residencia, ni tipos de residencia, para la aplicación del número 4 del artículo 20 del Código del Trabajo".

Asimismo, dicho Servicio puntualizó que, "(...) no obstante lo anterior, cabe precisar que los extranjeros residentes en Chile se considerarán como extranjeros, si han residido en el país por un plazo inferior a los 5 años, mientras que aquellos extranjeros que hubieren residido en el país por un plazo superior a los 5 años, se considerarán como chilenos, independiente del permiso de residencia del que sean titulares, es decir, sumando tanto los plazos de residencia temporal como definitiva".

Al tenor de lo indicado, es posible concluir que la circunstancia prevista por el legislador laboral en el numeral 4 del artículo 20 del Código del Trabajo, esto es, que la persona trabajadora extranjera sea residente por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales, se satisface en la medida que hubieren residido en el país por un plazo superior a los cinco años, independiente del permiso de residencia del que sean titulares, es decir, sumando tanto los plazos

de residencia temporal como definitiva. Conforme con ello, es dable considerar como chileno o chilena y, por tanto, dentro del porcentaje de 85% de trabajadores de nacionalidad chilena, contemplado en el inciso primero del artículo 19 del mismo cuerpo legal, al trabajador extranjero o la trabajadora extranjera que ha residido en el país por más de cinco años, independiente del permiso de residencia del que sea titular.

En consecuencia, de acuerdo a las normas legales y jurisprudencia administrativa citada, cumplo con informar a Ud., que aquella/os trabajadora/es extranjera/os que hubieren residido en el país por un plazo superior a los cinco años se considerarán como chilena/os, independiente del permiso de residencia del que sean titulares de acuerdo con la actual normativa migratoria.

Saluda atentamente a Ud.,

NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
JEFE
DEPTO. JURÍDICO

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
26 JUL 2024
OFICINA DE PARTES

GMS/LBP
Distribución
-Jurídico
-Control
-Partes