

IMPLICANCIAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA PARA LAS EMPRESAS EN MATERIA LABORAL.¹

El trabajador(a) extranjero sólo puede iniciar su actividad laboral una vez que haya obtenido el permiso correspondiente por parte del Servicio Nacional de Migraciones conforme a la categoría migratoria correspondiente.

La Ley N°21.325 de Extranjería y Migración, publicada el 20 de abril de 2021, regula el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de los extranjeros del país, el ejercicio de los derechos y deberes de la población migrante, constituyendo una nueva institucionalidad, mediante la creación del Servicio Nacional de Migraciones (SERMIG).

En particular, la ley contempla los siguientes permisos de residencia, los cuales habilitan a los extranjeros para trabajar en las circunstancias que se indican:

PERMANENCIA TRANSITORIA: Por regla general, los titulares de permanencia transitoria no podrán realizar actividades remuneradas. Sin perjuicio de lo anterior, los extranjeros podrán solicitar al SERMIG una autorización para ejecutar actividades remuneradas, con carácter específico y esporádico, y que como consecuencia directa de estas perciban remuneraciones o utilidades económicas en Chile. Ejemplo de esto puede ser la realización de espectáculos públicos, deportistas, conferencistas, asesores y técnicos expertos.

Nota: Este tipo de permanencia tiene, por regla general, una duración de 90 días, pudiendo prorrogarse por 90 días más.

RESIDENCIA TEMPORAL: La residencia temporal se otorga a aquellos extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o residentes definitivos, o acrediten tener intereses en el país y cuya residencia se estime útil y conveniente. En términos generales este permiso permite realizar en Chile cualquier actividad, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes, siempre que la subcategoría migratoria a que se acoja así lo permita. Este permiso se expide por un periodo máximo de 2 años, salvo para el caso de la subcategoría de trabajadores de temporada, la que podrá tener una vigencia de hasta cinco años cuando establezca plazos de estadía anuales limitados.

¹ Área legal de LDHS Consultora de Negocios SpA.

En términos generales, todo titular de residencia temporal puede desarrollar actividades remuneradas lícitas, a excepción de las siguientes subcategorías migratorias:

1. Estudiantes de establecimientos reconocidos: Para extranjeros/as interesados en estudiar en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. Esta subcategoría no permite trabajar con dependencia de un empleador, salvo que se solicite una autorización especial al SERMIG (por parte del extranjero).
2. Personas religiosas de cultos reconocidos: Para extranjeros/as que pertenecen a alguna entidad religiosa constituida legalmente en Chile, y que necesiten residir para el ejercicio del culto. Esta subcategoría no permite desarrollar actividades remuneradas.
3. Personas que se encuentran bajo tratamiento médico: Para extranjeros/as que se encuentran bajo tratamientos médicos que deban ser iniciados o continuados en Chile. Esta subcategoría no permite desarrollar actividades remuneradas.
4. Personas Jubiladas o rentistas: Para extranjeros/as que hayan obtenido una pensión por jubilación o que cuenten con rentas constantes derivadas de la explotación de bienes raíces o activos financieros. Esta subcategoría no permite desarrollar actividades remuneradas.

Nota 1: Los dependientes de un titular de residencia temporal habilitado para trabajar también puede desarrollar actividades remuneradas lícitas.

Nota 2: Los extranjeros pueden ser contratados y empezar a trabajar una vez presentada la solicitud de residencia temporal y obtengan un certificado de permiso de residencia temporal en trámite, sin necesidad de que se obtenga el permiso, mientras dure la tramitación del mismo.

RESIDENCIA DEFINITIVA: Es el permiso otorgado a los extranjeros que tengan residencia temporal vigente, para residir indefinidamente y desarrollar cualquier actividad lícita en el país.

En este sentido, los titulares de residencia definitiva pueden ser contratados sin ninguna limitación migratoria, como si fueran trabajadores chilenos, sin perjuicio de otras limitaciones legales que pudieren existir.

NOTA: Cualquier documento emitido en el exterior deberá estar legalizado por el Consulado de Chile en el país de origen y posteriormente en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile, o apostillado en el país de origen.

REQUISITOS PARA TRABAJAR EN CHILE

- La empresa, institución o persona que contrate al trabajador(a) extranjero(a) debe tener domicilio legal en Chile.
- El contrato de trabajo debe firmarse en Chile ante notario, por el empleador(a) y el trabajador(a) o quien lo represente.
- Los(as) profesionales o técnicos(as) especializados(as) tendrán que acreditar su título respectivo, debidamente legalizado en el Consulado de Chile en el país origen y posteriormente en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile.
- Las actividades desarrolladas por el trabajador(a) en Chile no pueden ser consideradas como peligrosas o atentatorias para la seguridad nacional.
- Conforme al artículo 14 de la ley 21.325, se establece que los extranjeros gozarán de los mismos derechos en materia laboral que los chilenos, sin perjuicio de los requisitos y sanciones que la ley establezca en determinados casos. Así mismo, se explicita que todo empleador debe cumplir con sus obligaciones legales en materia laboral, sin perjuicio de la condición migratoria irregular del extranjero contratado. **Lo anterior es independiente de las sanciones, que, en todo caso, esta facultada para imponer la Inspección del Trabajo.**

OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES:

1. El empleador solo puede contratar 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. Al respecto, para poder identificar aquello se recomienda pedir cédula de identidad expedido por el Registro Civil, donde en su parte trasera debería indicar su condición migratoria y el permiso con el que cuenta. Si la persona no tiene carnet de identidad, pero sí un Certificado de Permanencia en Trámite, entonces es hábil para trabajar por el tiempo que dure la tramitación de dicho permiso, pero se recomienda que sea por periodos cortos de tiempo o derechamente no contratar extranjeros en esta situación. Por último, es importante destacar que un extranjero titular de residencia temporal cuya cédula de identidad este vencida, pero que haya solicitado oportunamente su residencia definitiva, puede trabajar toda vez que conforme al artículo 43 inciso final de la Ley de Extranjería y Migración, su

- cédula de identidad prorrogará su vigencia de pleno derecho hasta la tramitación completa de la residencia señalada.
2. Cumplir con la escrituración de un contrato de trabajo que cumpla con la normativa laboral vigente.
 3. Cumplir con pagar una la remuneración determinada en los periodos que las partes han convenido, los que no deben exceder de un mes.
 4. A pactar una jornada de trabajo máxima de 40 horas semanales (de manera progresiva conforme a la ley que reduce la jornada laboral de 45 a 40 horas) y al pago de horas extraordinarias.
 5. Está obligado a pagar las cotizaciones previsionales en la forma pactada con el trabajador, ya sea en el régimen previsional chileno o en el régimen previsional de su país de origen.
 6. El empleador esta obligado a respetar la normativa vigente relativa al acceso a seguridad social, salud y derechos que derivan de la protección a la maternidad.
 7. El empleador está obligado a respetar la normativa relativa a seguro en caso de accidentes del trabajo y/o enfermedades profesionales.
 8. El empleador está obligado a respetar el derecho del trabajador extranjero a formar y/o participar en organizaciones sindicales de trabajadores y negociar colectivamente.
 9. La forma y contenido del contrato de trabajo deberá ajustarse a lo dispuesto en el Código del Trabajo, especialmente a lo establecido en su artículo 10, pudiendo acordar servicios de cualquier naturaleza, salvo aquellos que se opongan a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que su ejercicio se prohíba por exigencia del interés nacional y una ley lo declare así.
 10. Las partes podrán acordar voluntariamente que el empleador financie el pasaje de retorno del trabajador extranjero una vez que haya terminado el contrato de trabajo que los ligue.

SITUACIÓN PREVISIONAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN CHILE.

Desde el punto de vista previsional, los trabajadores extranjeros que laboran en Chile se encuentran afectos las normas comunes y generales sobre la materia, por lo cual, están obligados a cotizar en nuestro país.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley número 18.156 concede la posibilidad de no enterar en Chile el pago de cotizaciones previsionales para las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, al trabajador extranjero que cumpla ciertas exigencias:

- a) Que las empresas firmen contratos con personal técnico extranjero (todo trabajador que posea los conocimientos de una ciencia o arte).
- b) Que el extranjero se encuentre afiliado a un régimen social fuera de Chile que cubra las prestaciones señaladas (enfermedad, invalidez, vejez y muerte).
- c) Que el contrato de trabajo contenga una cláusula relativa a la afiliación previsional fuera de Chile y que el trabajador manifieste su voluntad de mantener esta afiliación.

En este sentido, el trabajador extranjero que opte por no cotizar en nuestro país estará privado de acceder a los beneficios del sistema previsional chileno, salvo los derivados del sistema de cobertura de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y del seguro de cesantía, que son de cotización obligatoria para el empleador.

PORCENTAJE DE EXTRANJEROS EN UNA EMPRESA

Los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo, complementados por Ord. N°6307/282 de la Dirección del Trabajo, establecen que el 85%, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador debe ser de nacionalidad chilena. Sin embargo, se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de 25 trabajadores

Ahora bien, para computar dicho porcentaje, se debe aplicar las siguientes reglas:

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.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA MIGRATORIA PARA EMPLEADORES Y/O EMPRESAS.

Según la Ley N°21.325, los empleadores 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, serán sancionados con multas que varían según el tamaño de la empresa:

- Las pequeñas empresas serán sancionadas con multas de **10 UTM a 40 UTM** por cada extranjero contratado sin autorización.
- Las medianas empresas serán sancionadas con multas de **30 UTM a 100 UTM** por cada extranjero contratado sin autorización.
- Las grandes empresas serán sancionadas con multas de **60 UTM a 200 UTM** por cada extranjero contratado sin autorización.

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

En caso de reincidencia en el periodo de 2 años, contado desde la aplicación de la respectiva sanción, será castigado con la aplicación de la multa en su valor máximo.

Además, si el empleador no paga cotizaciones previsionales de los trabajadores extranjeros, estén estos en situación migratoria regular o irregular, los inspectores constituirán la deuda previsional y remitirán a las instituciones de previsión, una vez que las multas se encuentren ejecutoriadas, de acuerdo con el procedimiento normal establecido para estos efectos. Por su parte, los que invocaren la exención previsional y no reunieren los requisitos de aplicabilidad, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta **5 U.T.A.**, la cual podrá aumentarse al duplo si incurriere en más de una infracción dentro del término de dos años.

En este sentido cabe destacar que, sin perjuicio de las sanciones que se le impongan al empleador por contratar extranjeros en situación migratoria irregular, este debe cumplir con sus obligaciones previsionales y de seguridad social, ante lo cual puede verse dificultado por carecer el trabajador de cédula de identidad. En ese caso el trabajador debe solicitar en el Registro Civil un Rol Único Nacional (el conocido como RUT provisorio), el cual será válido para todos efectos ante tal institución. Cabe señalar que dicho RUN no sustituye la cédula de identidad y solo es válido para identificarse ante las instituciones de seguridad social (prestaciones previsionales y de salud) correspondientes y acceder a sus servicios (artículo 44 de la Ley de Extranjería y Migración).

Asimismo, las personas jurídicas que faciliten o promuevan el ingreso o egreso ilegal de un extranjero al país serán sancionados con multa de **50 A 100 UTM**, lo anterior sin perjuicio a las penas que le correspondan conforme a la legislación penal vigente, que se explicará en el apartado correspondiente.

Por otro lado, las empresas de transporte y transportistas que conduzcan desde y hacia el territorio nacional a extranjeros que no cuenten con documentación necesaria, serán multadas con **10 a 20 UTM** por cada pasajero infractor. El SERMIG, además de aplicar la multa

que corresponda, informará al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones para que adopte medidas que, a su caso, sean de su competencia.

RESPONSABILIDAD PENAL DE EMPLEADORES Y/O EMPRESAS EN MATERIA MIGRATORIA.

1. DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES:

El artículo 411 bis del Código Penal, consagra el delito de tráfico ilícito de migrantes, conforme al cual *“el que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”*.

En ese sentido, tenemos que la acción típica es facilitar o promover la entrada ilegal al país de una persona extranjera se castiga con la pena que se señala en el párrafo anterior. En ese sentido una oferta de trabajo incitando al ingreso por paso no habilitado, o el ofrecer ir a buscar o traer por la frontera a un extranjero, nos haría caer en el tipo penal.

Es importante destacar que existen agravantes de la pena expresada si se pone en peligro la salud o integridad de la víctima, si se pone en peligro su vida o si es menor de edad.

Por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente a Chile.

2. DELITO DE TRATA DE PERSONAS.

El artículo 411 quater del Código Penal consagra en nuestro ordenamiento jurídico el delito de trata de personas, según el cual *“el que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia

de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

Los verbos rectores de esta conducta típica son *“captar, trasladar, acoger o recibir personas / promover, facilitar o financiar actividades”*.

Este delito es de carácter pluriofensivo, toda vez que afecta la integridad moral, libertad sexual o laboral, salud, seguridad personal y la libertad jurídica.

Para caer dentro del tipo penal, el sujeto activo debe valerse de violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos, todo aquello con fines de explotación sexual, trabajos y servicios forzados, servidumbre o esclavitud o practicas análogas a esta, o extracción de órganos.

Algunos conceptos:

- Explotación sexual: Las víctimas de Trata de Personas son sometidas a realizar actos sexuales, como la prostitución, bailes exóticos, masajes y a participar de la producción de pornografía o del turismo sexual
- Trabajos forzados: Las víctimas son forzadas y amenazadas para trabajar en condiciones precarias, en áreas principalmente relacionadas con la industria textil, minería, manufactura, pesca, construcción, agricultura, entretenimiento, entre otros.
- Esclavitud: El crimen comienza generalmente tras una deuda de la víctima con el victimario, que puede ser adquirida o heredada a través de generaciones, pero que no puede ser pagada por este.
- Servidumbre: Generalmente ocurre con víctimas que viven dentro de la casa donde trabajan como cocineros, empleados domésticos, jardineros o al cuidado de niños. La situación se transforma en explotación cuando a la víctima se le disminuye considerablemente o simplemente se le deja de pagar su salario, se le obliga a no salir del hogar y se le encierra para que no alerte a vecinos o autoridades.

3. DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.

El artículo 411 quinquies contempla el delito de asociación ilícita respecto de los delitos señalados con anterioridad, donde se señala que *“los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código.”*

En ese sentido, las empresas pueden caer dentro del tipo penal de asociación ilícita si se organizasen para cometer los ilícitos de trata de personas o tráfico de migrantes.

Todo lo expresado con anterioridad es de la mayor relevancia porque comprometen la responsabilidad de la persona jurídica, siendo esta la empresa, junto con las penas que a esta pudieran sufrir, tales como:

- Multa por cuotas o proporcional
- Disolución
- Suspensión de sus actividades
- Clausura de sus locales y establecimientos
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales y de la Seguridad Social
- Intervención judicial
- Comiso y comiso de ganancias