Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Estabilidad, mercado laboral, tercera edad y capacitación: propuestas y luces desde las necesidades de la empresa en Chile, la sostenibilidad de las Pensiones y las Recomendaciones de la OIT

Stability, labor market, old age and labor training: proposals and lights from the dismissal cause of business needs in Chile, the sustainability of Pensions and the ILO Recommendations

Sebastián Andrés Pizarro Contreras[1] https://orcid.org/0000-0002-9858-925X

Cita Sugerida: PIZARRO CONTRERAS, S.A.: «Estabilidad, mercado laboral, tercera edad y capacitación: propuestas y luces desde las necesidades de la empresa en Chile, la sostenibilidad de las Pensiones y las Recomendaciones de la OIT». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 431-462.

Resumen

Chile presenta un escenario demográfico cuyas instituciones legales propias del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no han sido capaces de entender ni de comprehender dentro de sus dinámicas tutelares. En efecto, el envejecimiento activo forma parte de una realidad que, dentro de canales laborales, se ve esquiva en el análisis jurídico y, mucho más, en la operatividad del entramado legal vigente. A modo ejemplar, no existen consideraciones desde la perspectiva del trabajador anciano vigente y la inexistencia de limitaciones al libre despido enmascarado por la causal de necesidades de la empresa, sin limitaciones en consideración a la ausencia de capacitación. Tampoco hay revisión de las condiciones estructurales legales desde una visión que contemple las particularidades referentes a la calidad del empleo disponible para el trabajador adulto mayor. Todo, en un marco de febles pensiones y de trabajo en condiciones no decentes. Se emplean dentro de la siguiente investigación los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contenidos en su Recomendaciones, en pro del debate y desarrollo de propuestas analíticas y de lege ferenda para Chile.

Palabras clave

Trabajador anciano; causal de despido de necesidades de la empresa; trabajo decente; sistema de pensiones

Abstract

Chile presents a demographic scenario whose legal institutions of Labor Law and Social Security have not been able to understand or comprehend within their protective dynamics. Indeed, active aging is part of a reality that, within labor channels, is elusive in the legal analysis and, much more, in the operability of the current legal framework. As an example, there are no considerations from the perspective of the elderly worker in force and the non-existence of limitations to free dismissal masked by the cause of the company's needs, without limitations in consideration of the lack of training. There is also no review of the legal structural conditions from a vision that contemplates the particularities regarding the quality of employment available to the older worker. All this, in a framework of weak pensions and work in non-decent conditions. The parameters of the International Labor Organization (ILO) contained in its Recommendations are used in the following research, in favor of the debate and development of analytical and lege ferenda proposals for Chile.

Keywords

Elderly worker; cause for dismissal due to business needs; decent work; pension system

[1] Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile, Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Laboral de la Empresa por la Universidad de los Andes. Profesor de Metodología y Habilidades para la Investigación Jurídica de la Universidad Católica Silva Henríquez. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social. Correo electrónico: spizarroc@ucsh.cl.

1. INTRODUCCIÓN: DEMOGRAFÍA, HIPÓTESIS Y TUTELA DEL TRABAJADOR ADULTO MAYOR

Una de las más interesantes formas de poder corroborar la eficacia de un constructo jurídico social, es precisamente verificar la correspondencia efectiva entre lo que epistémicamente promete y lo que cumple y/o razonablemente está en condiciones de cumplir. Dicho de modo diverso, corroborar la coherencia entre aquello que conforma su núcleo existencial y la efectividad de sus postulados en un sentido práctico[2].

No es necesario caer en un reduccionismo *ad absurdum* para arrimarme al centro del argumento que pretendo desarrollar, primero, respecto del Derecho del Trabajo: no se trata de pensar a esta rama como una menos eficaz, menos tutelar, porque hay gente que pierde su trabajo constantemente. Ello no significa por lo mismo que, en abstracto, el Derecho del Trabajo traicione sus dinámicas proclives a la estabilidad laboral. Misma cuestión cuando se dan vulneraciones de derechos fundamentales referidas a la discriminación de algún grupo determinado, pues ello en caso alguno significará asumir que este Derecho valide circunstancias como la expuesta. Finalmente, nadie podría decir que el Derecho del Trabajo nada hace cuando un sector desaventajado como el de la tercera edad no resulta contratado y resulta fácilmente despedido por razones de inadecuación tecnológica, siendo uno particularmente eficaz desde las aristas de la estabilidad, la capacitación y la no discriminación. ¿O es que acaso es posible señalar precisamente, lo contrario, es decir, que respecto de los adultos mayores se da una de las más profundas ineficacias e incoherencias objetivas y subjetivas del Derecho del Trabajo? En lo personal, creo que si.

A su vez, de la Seguridad Social malamente podría decirse que, por ejemplo, por el hecho que existan bajas pensiones y/o no todos estén cubiertos ante la ocurrencia de particulares riesgos, esta rama resulte un fracaso. Es más, parafraseando a Alonso Olea y a Tortuero Plaza, resulta sencillamente imposible ir determinando las causales de situaciones de necesidad configurantes de estos riesgos, los cuales varían constantemente[3]. Con todo, lo mínimo esperable de un Derecho que tiene por base en esta arista la mitigación y respuesta a coyunturas sociales delicadas, es la anticipación. Por lo mismo, llama poderosamente la atención la escasa consideración que tiene desde la Seguridad Social el encontrarse activo -intuitivamente no por razones voluntarias en la mayoría de los casos- el trabajador en el mercado laboral con una edad avanzada, en consideración a bajas pensiones, recibiendo a cambio bajas remuneraciones en empleos de baja consideración y remuneración. Sin descartar, por cierto, un escenario especialmente nefasto desde las coyunturas del despido y de la cesantía, al menos en Chile.

La realidad latinoamericana comparada dista de reflejar un escenario muy diverso a lo que se observará respecto de Chile. CEPAL, en un estudio centrado en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México y Perú, observa las dinámicas de mercado laboral en personas que superan los 60 años de edad. Concluye a partir del cuadro que *infra* se reproduce, que, "como era de esperar, las tasas de ocupación disminuyen con la edad, y las variaciones en el agregado que se observan (…) obedecen al considerable aumento de la tasa en el grupo de 60 a 64 años para ambos

[2] En efecto, como bien indican Correa y Agüero a propósito del Derecho, (el destacado es propio) "uno de los indicadores más potentes de la madurez alcanzada por una disciplina está constituido por su capacidad para delimitar lo que de ella puede esperarse. Los juristas, de forma oblicua, han venido comunicando desde hace bastante tiempo que su experticia debe situarse en el campo de la determinación de la validez de textos con pretensiones normativas; de la atribución de significados de disposiciones normativas y, de la reconstrucción económica de sus saberes y métodos, a través de la formulación y depuración de teorías. Esta opción por el mundo de las normas (o de las palabras) ha implicado una participación temerosa de los juristas en el mundo de los hechos", Coloma Correa, R. y Agüero San Juan, C.: "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", Revista Chilena de Derecho, vol. 41 No 2, p. 674.

[3] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: Instituciones de Seguridad Social, Madrid, Comares, 2000, p. 21.

sexos, si bien mucho más marcado para las mujeres. El fuerte aumento de la tasa de ocupación de hombres y mujeres en este grupo etario debe analizarse en el marco del crecimiento de la ocupación que caracterizó a la región entre 2004 e inicios de la década de 2010, pues este grupo etario es el más estrechamente vinculado con el mercado laboral. En contraste, la tasa de ocupación del grupo de 65 a 69 años aumentó solo levemente, como resultado de una modesta reducción de la tasa de los hombres y un aumento algo mayor de la tasa de las mujeres. Por último, la tasa de ocupación correspondiente al grupo de 70 años y más disminuyó como resultado de la contracción de la tasa de los hombres y el estancamiento de la tasa de las mujeres"[4]. Resulta ser una realidad ciertamente luego compartida la existencia, primero, de un mercado de trabajo de la tercera edad, con fluctuaciones y variables etarias y de sexo. Y luego, de un alza en el número de personas que ingresan a este mercado de trabajo.

Edad	Total			Hombres			Mujeres		
	2002	2012	2016	2002	2012	2016	2002	2012	2016
60-64 años	49,6	54,0	55,7	70,7	73,1	74,1	30,4	36,9	39,6
65-69 años	38,6	39,0	39,3	55,7	55,4	54,8	23,2	24,8	26,2
70 años y más	22,1	19,9	20,4	34,1	30,4	30,8	12,0	11,4	11,9
60 años y más	34,2	34,6	35,4	50,6	49,8	49,8	20,0	21,8	23,3

La presente investigación representa un ejercicio de jurídico-social basado en la realidad chilena, empero, de amplio campo para la reflexión con la siguiente hipótesis: Chile, a partir de su sistema de estabilidad relativa, promueve dinámicas de discriminación directa respecto de los adultos mayores desde la arista de la capacitación, sin promoción suficiente de las medidas tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato, incluidas dentro de las Recomendaciones No 162, 198 y 202 y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en más), mermando tanto la Libertad como el Derecho al Trabajo, sin obviar ciertamente, la sostenibilidad del sistema de pensiones. Así, y desde esta arista, se observa, por un lado, un Derecho del Trabajo particularmente ineficaz y poco coherente en tanto causa del escenario expuesto. Y por otro, una Seguridad Social que no tiene como contingencia cierta la ocurrencia de la vejez activa.

La señalada hipótesis se sustenta sobre un escenario demográfico nacional objetivo. Uno que no deja mucho espacio para la sorpresa: que, independiente de la indefinición conceptual jurídica en Chile de la noción de vejez[5], el desarrollo ha dejado como expresión manifiesta y constante el envejecimiento de la población como cuestión demográficamente indesmentible, desde el cual no se ha cavilado el modo en que esta pujante fuerza laboral. El Observatorio del Envejecimiento de la Pontificia Universidad Católica de Chile el año 2021 plantea en su estudio "¿Está Chile preparado para envejecer?", que "Chile será el país con el menor porcentaje de población menor a 14 años, pasando de 27.3% a 14.3% en el período de 50 años (2000 - 2050), viendo una disminución de 13% en su población más joven. De este modo, Chile envejecerá más que el continente en su totalidad, el que pasará del 5.8% a 20.3% para las personas 65 y más, y de 31% a 16.3% en la población menor a

[4] CEPAL, "La inserción laboral de las personas mayores en América Latina", disponible en https://www.cepal.org/es/enfoques/la-insercion-laboral-personas-mayores-america-latina.

[5] Tras revisar una serie de normativa ad-hoc nacional, Fabiola Lathrop señala: "Como vemos, no queda clara la razón de la determinación de estas edades tan diversas, así como no es fácil fijar una edad a partir de la cual una persona pasa a ser "adulto mayor". Esto se debe, entre otras razones, a que no es lo mismo "edad biológica" y "edad cronológica". La vejez no constituye solo un proceso biológico; muy por el contrario, involucra también una serie de cambios a nivel mental, aspectos psicológicos, sociales, familiares, laborales, etc. Solo un ejemplo: la edad de jubilación de la población económicamente activa suele determinarse alrededor de los 65 años, los que, conforme a la edad cronológica, marcarían el paso de adulto joven a adulto mayor; sin embargo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha fijado el comienzo de la ancianidad en los 75 años", Lathrop Gómez, F.: Protección jurídica de los adultos mayores en Chile, en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No 1, 2009, pp-83-84.

14 años, en el mismo período mencionado"[6]. A su vez, da cuenta del hecho que Chile, "si bien hacia el 2050 no se encontrará entre los países más envejecidos a nivel OCDE, como Corea del Sur o Japón, con un 39.8% y 37.7% de personas mayores respectivamente, deberá considerar que se encuentra entre los 5 países con la mayor caída porcentual en lo que respecta a personas menores a 14 años, y a nivel porcentual la población más joven representará el 14.3% del total, a casi un punto porcentual de España (13.1%) y a casi 4 puntos de Japón en dicho indicador"[7].

El Instituto Nacional de Estadísticas (INE), por su parte, en el año 2018 elaboró en su anuario referente a las proyecciones de la población, un planteamiento estadístico de las personas en edad de trabajar (PET), concluyendo que "la proporción de la población en edad de trabajar (15-64 años) se reduce desde 2015 y, según la proyección, seguirá descendiendo hasta llegar a representar el 61% de la población en 2050. En cambio, la proporción de la población mayor de 64 años irá en aumento. Se proyecta que para 2018 este grupo de edad constituya el 12% de la población, mientras que para 2050 su presencia se duplique y llegue a 25%. Según la proyección, en el 2031 la proporción de personas mayores superaría la proporción de los menores de 15 años"[8]. Se está en presencia de un advenedizo envejecimiento activo; uno en el que este no asume la gramática del deterioro, sino que, muy por el contrario, se proyecta como una fase natural de la extensión de la vida humana en la que la adquisición de nuevas habilidades deviene una meta nueva.

Así las cosas, la pregunta de investigación que sustenta la hipótesis aludida necesariamente debe acunar los parámetros tutelares del Derecho del Trabajo en un cariz crítico, bajo el prisma de la demografía proyectada dentro de un mercado de trabajo caracterizado por las dinámicas de la IV Revolución Industrial. De esta forma, se plantea la siguiente pregunta: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos suficientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la estabilidad laboral, la Libertad y el Derecho al Trabajo de la población en edad de trabajar calificable como adulto mayor y su proyección demográfica, pensando en la adecuación de este trabajador y la sustentabilidad del régimen de pensiones?

2. LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y MARCOS EXPUESTOS EN EL IV INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE 2013: BREVES LECTURAS

Expuestos elementos del entorno que tradicionalmente han sido desdeñados por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a la hora de configurar su estructura con relación al adulto mayor, corresponde recoger los principales elementos que brinda la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esto, especialmente desde las Recomendaciones Nº 162, 198 y 202 y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013. De esta forma, se procederá a revisar 4 instituciones elementales, pensando en la futura reforma integral chilena del trabajador de edad, traducida en un Proyecto que debiera ver la luz como ley muy prontamente.

---

6 Observatorio del Envejecimiento (Pontificia Universidad Católica de Chile), "¿Está Chile preparado para envejecer?", disponible en: https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Reporte-¿Está-Chile-prepardo-para-envejecer__v7.pdf, p. 3.

7 Ibíd. Adiciona el mismo estudio, que "el caso chileno se torna más relevante si se considera que desde 2010, el país cuenta con la fuerza laboral más envejecida en Sudamérica y que en 2019, el 50% de esta tenía una edad igual o superior a 41.2 años (ver Figura 4), a diferencia de países como Brasil, Bolivia o Colombia, que si bien presentan aumentos en la edad de la fuerza laboral desde 2010, para 2019 el 50% no superaba los 38 años", Ibíd., p. 9.

8 Instituto Nacional de Estadísticas (Chile), "Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 1992-2050. Total país", disponible en: https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-de-población-1992-2050_base-2017_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=c623983e_6, p. 5.

La protección del adulto mayor por parte de la OIT, en específico o directamente, es cuestión relativamente madura dentro de la organización. Previo a la Recomendación No 162, fue a través de normativa indirecta que se tendía a la protección de este sector. Piénsese que un instrumento como el Convenio Nº 111 OIT de 1958 (recién ratificado por Chile en septiembre de 1971) sobre Discriminación (ocupación y empleo) tendría que considerar a la edad como factor de discriminación. Pero ello no fue así, sino hasta el año 1962, con la Recomendación sobre Protección del Empleo, Nº 122, en su párrafo 16. Aquella llama a los países a implementar medidas efectivas que permitan "responder a las necesidades particulares de ciertas categorías de personas, tales como personas de edad, los inválidos y otros trabajadores, quienes pueden encontrar dificultades especiales originadas en cambios estructurales o en cualquier otra causa, o para quienes puede ser especialmente difícil cambiar de lugar de residencia u ocupación".

De 1962 pasamos al año 1975, año en el que se dicta la Recomendación Nº 150 sobre desarrollo de los Recursos Humanos. Este instrumento, si bien no está dedicado especialmente al mayor de edad trabajador y no se encuentra vigente al ser reemplazado por la Recomendación del mismo nombre de 2004, Nº 195[9], desarrolla un acápite específico sobre "Trabajadores de edad avanzada", el cual establece (lo destacado es propio) en lo pertinente:

> "Las medidas para remediar *las dificultades con que tropiezan los trabajadores de edad avanzada en el empleo* podrían consistir, según los casos, en:
>
> (…)
>
> (b) proporcionar a los trabajadores de edad avanzada la *orientación y la formación profesionales de que precisen*, especialmente en relación con cualquiera de las necesidades siguientes:
>
> (i) actualizar sus conocimientos y calificaciones *proporcionándoles las informaciones adecuadas* en el momento oportuno;
>
> (ii) elevar su nivel de instrucción general y de calificación profesional con el concurso de especialistas en formación de adultos *para equipararlos con los jóvenes mejor instruidos y capacitados que ingresan o trabajan ya en la misma ocupación*;
>
> (iii) *informarlos oportunamente sobre los medios de perfeccionamiento disponibles* e iniciar y proseguir ese perfeccionamiento *en el momento adecuado, es decir, antes de que se introduzcan nuevas técnicas y métodos de trabajo*;
>
> (iv) poner *a su disposición otro empleo*, en su propia especialidad o en otra distinta, en que puedan utilizar sus calificaciones y conocimientos, en la medida de lo posible, sin pérdida de ingresos;
>
> (v) cerciorarse de que no estén privados de la *formación profesional por límites de edad máxima de admisión a dicha formación, fijados sin atender a la realidad*;
>
> (vi) elaborar *métodos especiales de formación profesional* adaptados a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada;

[9] Instrumento en el que derechamente se elimina toda consideración específica al trabajador de edad avanzada, al modo realizado en la Recomendación No 150.

(vii) tomar todas las medidas necesarias para poner a su disposición instructores competentes en cuanto a sus cualidades técnicas y pedagógicas y que estén bien preparados para impartir una *formación complementaria adaptada a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada*;

(c) *incitar a los trabajadores de edad avanzada a aprovechar los servicios de orientación y de formación profesionales o las oportunidades de traslado* que pueden ayudarlos a superar sus problemas;

(d) informar al público en general, y *especialmente al personal de orientación y formación profesionales, al personal de los servicios del empleo y de otros servicios sociales* competentes, a los empleadores y a los trabajadores, de los *esfuerzos de adaptación al empleo* que los trabajadores de edad avanzada pueden verse precisados a realizar y de la *conveniencia de ayudarlos* en tales esfuerzos".

Resulta interesante extraer ciertos aspectos de una Recomendación que ve la luz en la década de los 70 del siglo XX, caracterizada por las olas flexibilizadoras particularmente exitosas desde su influencia en la estructura a nivel global[10]. Tales se movieron entre la desregulación total y la morigeración de los cotos estructurales de la legislación laboral, *v. gr.*, remuneracionales, de tiempo de trabajo, de las labores a desempeñar, libre despido o causado, etc. La eliminación, dicho de otro modo, de todo cuanto inhibiese el libre desarrollo del empleo y del mercado. De este modo, estos remedios propuestos por la OIT en la Recomendación referida deben verse modalizados por el escenario flexible descrito:

— Todo cuanto se proponga en la Recomendación presupone un trabajador ya contratado. Cuestión que se colige desde el uso "en el empleo", previo a los remedios señalados. Es decir, era esta una Recomendación cuyo núcleo es el trabajador mayor de edad que ya ha superado el umbral de la cesantía y se encuentre trabajando.

— Se debe orientar, incitar y capacitar al trabajador mayor de edad. En esta senda, se persigue la equiparación con los jóvenes, realzando la formación técnica actualizada en desmedro de la experiencia. Por lo mismo, esta capacitación debe darse en el momento adecuado, antes que se introduzcan las nuevas técnicas y métodos.

— Se recomienda, bajo la lógica del no desmedro, proporcionar al trabajador otro empleo, sea este de la especialidad o no.

— Dar a conocer los esfuerzos de adaptación de los trabajadores de edad avanzadas particularmente a los que orientan y los servicios estatales.

[10] "La propuesta era reducir derechos laborales, desregular las condiciones de trabajo y adaptarlas a las necesidades económicas para solucionar las "rigideces del mercado laboral". Tales medidas se alinearon con el neoliberalismo, que desde la primera mitad del siglo XX había enfocado su atención en las organizaciones de trabajadores y sus movimientos sindicales, considerándolos parte del problema por encarecer el empleo y obstaculizar el crecimiento del mercado y del empleo. Al mismo tiempo, en el horizonte temporal estudiado los desarrollos de la tecnología productiva, de transportes y las telecomunicaciones incrementaron la competencia a nivel internacional y fueron las herramientas para importantes desplazamientos de las manufacturas hacia regiones que ofrecieran condiciones más favorables al capital, el decir menores costos de la fuerza de trabajo", Llanos Reyes, C., Pinto Sarmiento, Y., González Pizarro, J.: La flexibilización laboral desde las décadas de 1970 y 1980. Una historia más allá de los límites de lo nacional, en Revista de Historia de la Universidad de Concepción, No 30, 2023, p. 26.

Notar que, en caso alguno, la Recomendación trata o propone un tratamiento distinto pensando en la terminación del contrato de trabajo del adulto mayor. A su vez, tampoco se delinea un rol activo y/o subsidiario de los Estados a nivel formativo o de capacitación.

Ya en 1980 la OIT dicta la Recomendación No 162 sobre Trabajadores de Edad, cuyo acápite III "Protección" resulta especialmente de interés, abarcando soluciones indicadas en la Nº 150. Sucintamente, plantea:

— La promoción de una continuidad laboral para que los trabajadores de edad sigan trabajando en condiciones satisfactorias.

— Textualmente, el punto 18 señala (lo destacado es propio): "En caso de reducción del número de trabajadores, especialmente en las *industrias en situación declinante*, deberían hacerse *esfuerzos especiales para tener en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores de edad,* por ejemplo facilitando su *readaptación profesional* en otras industrias, mediante una ayuda para *asegurarles un nuevo empleo* o garantizándoles una *protección adecuada* de sus ingresos o una *compensación financiera apropiada*.

— Por su parte, el punto 19 de este punto III indica: "Deberían hacerse esfuerzos especiales para *facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que busquen trabajo después de una inactividad profesional* debida a sus responsabilidades familiares".

El trabajo en condiciones satisfactorias[11] demuestra ser, a la vez, un antecedente y manifestación prístina del trabajo decente; idea que ciertamente sintetiza los pilares del obrar de la OIT en torno a creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social. Por lo mismo, y en tanto manifestación de aquel, los puntos 18 y 19 del acápite III, *ut supra* transcritos, desarrollan la aspiración de la entidad en orden a que sus países miembros consideren la específica realidad y necesidades de los trabajadores de edad para el evento que una empresa en dificultades tenga que despedir trabajadores. Propone readaptación en otras industrias, una compensación o indemnización correcta y, finalmente, cooperación en la recolocación en un nuevo empleo. Crear empleo es, en esta senda, proteger la fuente del mismo, procurando el establecimiento de niveles sociales en la decisión del despido, apoyando la estabilidad de este trabajador. Existe especial consideración de la OIT cuando de un trabajador mayor de edad que ha tenido inactividad profesional motivada por responsabilidades familiares, y pretende este reincorporarse al mercado de trabajo.

Por su parte, ya en el 2006 la OIT emite la Recomendación No 198. Esta normativa recoge la realidad de décadas de flexibilidad, reconociendo a ciertos grupos de personas que, trabajando, se ven en la incertidumbre de efectivamente tener en los hechos, una relación de trabajo. Junto con los trabajadores de edad, la OIT alienta a los países miembros protejan especialmente -sin distinción en

[11] El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, prescribe qué es lo que debe entenderse por condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

el *iter* contractual- a la mujer trabajadora, jóvenes, a quienes se desempeñan en la economía informal, migrantes y discapacitados.

La Recomendación Nº 202 del año 2012 enfoca la problemática desde el prisma de los pisos de protección social. El acápite II en el punto 5 letra c) indica que estas bases deben, al menos, contemplar la "seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez", para luego en el mismo punto, pero en su letra d), procurar los Estados miembros vislumbren la "seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional".

Finalmente, debe hacerse mención al IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013, "Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico"[12]. Unos de los acápites más relevantes son "Posibilidad de prolongar la vida laboral" y "Garantizar una seguridad social adecuada y sostenible para todos", los cuales son posibles de resumir en las siguientes ideas marco[13]:

1.- En lo que respecta a la prolongación de la vida laboral, se asume que tal variable es un medio relevante a fin de preservar los sistemas de seguridad social. En esta senda, la sostenibilidad de un sistema de seguridad va de la mano con la estructura de edad de los trabajadores, retrasando la edad de jubilación. Esto traería consigo un aumento de las cotizaciones, así como una reducción de los pensionados y el porcentaje que representa a nivel del PIB en tanto carga las pensiones. El informe asume, con todo, que esta hipótesis podría no llegar a ser válida, pues presupone que el trabajador de edad debe tener empleos decentes y productivos, lo que no sucede frecuentemente.

   Europa, en una senda de retraso en la edad de jubilación, lo que ha efectuado es plantear reformas tendientes a suprimir progresivamente los planes de jubilación anticipada, aumentando la edad de jubilación, incentivando la vida laboral y castigando a quién igualmente se jubile anticipadamente.

2.- Fuera de los países OCDE, se constata que las bajas pensiones por el Estado son aquellas que llevan a que las personas que necesitan trabajar lo sigan haciendo formalmente, empero, este mismo factor también es fuerte incentivo para la informalidad.

3.- La vejez como un factor determinante de la pobreza, específicamente en mujeres, se extrapola al conjunto familiar, atentando contra sus niveles de bienestar. Como los ingresos del hogar se comparten entre más personas, el consumo *per capita* se reduce.

   Contener gastos ha sido el mantra constante cuando de seguridad social y cambios demográficos se trata. Por lo mismo, desde la OIT se promueve la generación de políticas tendientes a fijar niveles mínimos de seguridad social, combinados -en su caso y teniendo presente las realidades particulares de cada Estado- igualmente con medidas de asistencia social.

4.- La extensión de la vida laboral puede no ser lo más adecuado para todos. Imponer edades de jubilación a quienes, por ejemplo, carecen de lagunas previsionales, han tenido trabajos particularmente peligrosos o ya sencillamente carecen de buena salud, no parece ser una política de organización de trabajo receptiva ni del mercado en que se inserta ni de las realidades específicas en que los trabajadores desarrollaron su vida laboral. Lo

[12] Organización Internacional del Trabajo: Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico. 1a ed. Ginebra: Oficina internacional del trabajo, 2013.

[13] Cf. Ibíd., pp. 82-94.

cualitativo con referencia al trabajo y la salud son circunstancias que deben ser anotadas en la generación políticas públicas con enfoque en la vejez por parte de los Estados.

5.- Centrada en el desarrollo y actualización de las competencias, los avances tecnológicos deben ser asumidos de conformidad al curso de la vida, bajo la lógica del aprendizaje permanente. Se sigue la carrera laboral de las personas (*v. gr.* países escandinavos) y se dan oportunidades ciertas de capacitación en el lugar de trabajo. Esto incluye la aplicación de medidas prioritarias cuando de trabajadores mayores de edad se trata.

6.- Retener al empleado de edad avanzada puede encasillarse en 2 grandes categorías. La primera, en que se reducen o eliminan las cotizaciones de los empleadores. La segunda, mediante pagos, ya sea de bonos, subsidios salariales y transferencia de prestaciones por desempleo.

7.- Finalmente, no resulta aconsejable entender a los trabajadores de edad como un grupo con características homogéneo y sin tintes diferenciables entre sus integrantes. Ello implica, a su vez, la generación de políticas específicas.

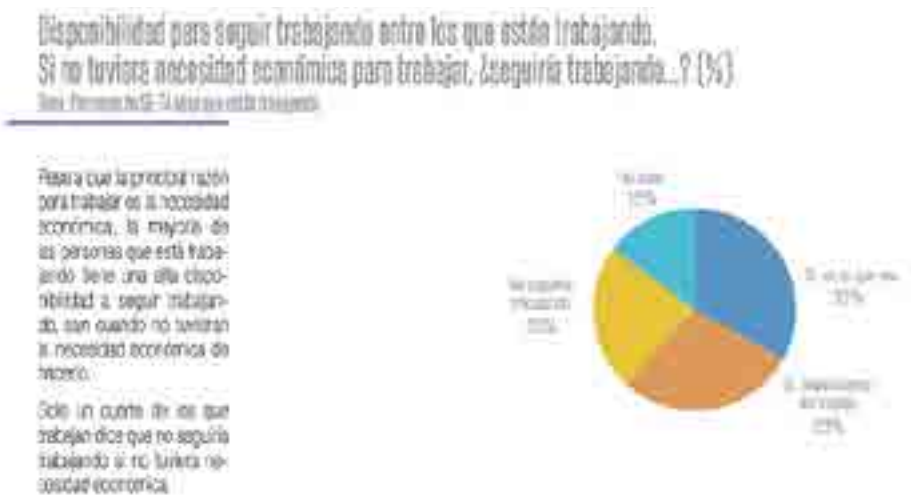
3. CAPACITACIÓN, ESTABILIDAD, PENSIONES Y REFORMA. FACTORES DE REVISIÓN DE LA REALIDAD LABORAL DEL ADULTO MAYOR

3.1. Capacitación, Libertad y Derecho del Trabajo en Chile: coherencia y demografía tecnológica

Si se revisan en mayor profundidad los cambios demográficos de la sociedad chilena respecto a las características de su mercado del trabajo, es posible dar cuenta de un grupo de trabajadores que va entre los 55 a 74 años con un perfil altamente laboral, diferenciable y claro. En un muy completo estudio suscrito el año 2018 por la Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo, se concluye que (el destacado es propio) "*casi la mitad de las personas entre 55 y 74 años está trabajando* (48%), con importantes diferencias por edad, género y educación. Entre los 55 y 59 años, un 67% trabaja, habiendo más de 30 puntos porcentuales de diferencia entre los hombres, donde un 85% trabaja y, las mujeres, donde un 51% trabaja. Las edades legales de jubilación por género (65 años en hombres y 60 años en mujeres) son más decisivas para los hombres que para las mujeres. *Desde los 65 años, la tasa de participación laboral de los hombres se reduce a 50% en el tramo entre 65 y 69 años y a 30% entre los 70 y 74 años*. Entre las mujeres, la reducción en la participación laboral se produce en la misma magnitud (15 puntos porcentuales) en el tramo de edad entre 60 y 64 años respecto del tramo entre 55 y 59 años y en el tramo entre 65 y 69 años respecto del de 60 y 64 años. *Tanto en hombres como en mujeres contar con mayor educación se asocia con mayor participación laboral*, pero las diferencias por nivel educacional son más grandes en las mujeres que en los hombres"[14]. En términos sencillos, se observa que el mentado grupo, más allá de tener diferencias entre hombres y mujeres que resultan sobreabundantes reiterar, comparte entre sus integrantes un factor sobre el que se construye el presente apartado: que prácticamente la mitad de ellos y ellas trabajan y desean trabajar, con un preocupante descenso porcentual entre quienes se arriman a los 70 años. Sustentada en la necesidad económica para trabajar, se conforma el siguiente cuadro[15]:

[14] Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. Trabajo y personas mayores en Chile. Lineamientos para una política de inclusión en Chile, disponible en: https://sociologia.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/trabajo-y-psms-en-chile-web.pdf, p. 25.

[15] Ibíd., p. 37.



Esto habilita a preguntarse, a su vez, en las razones por las cuales se da un descenso en la empleabilidad al llegar a dicha edad. Una de las primeras cuestiones que se descartan en el estudio es el hecho que los adultos mayores no quieran seguir trabajando en razón del arribo de la edad de jubilación. Lo cierto es que, si bien "muchos trabajan por razones de índole económico más de la mitad de los que están trabajando se muestran dispuestos a seguir trabajando, aun cuando no tengan la necesidad económica de hacerlo. Esto es consistente con que las expectativas de edad de retiro se ubican por encima de las respectivas edades de jubilación legal por género"[16]. Por tanto, la jubilación no es factor para dejar de trabajar, empero, tampoco lo económico lo es para, necesariamente, continuar desarrollando labores. Un estudio más reciente de la Universidad de los Andes del año 2023[17], permite razonar que disgregado un 81.2% de adultos mayores con interés de seguir trabajando, el factor educacional formal resulta ser un factor eminente a la hora de tener interés en seguir trabajando por parte del trabajador adulto mayor:



16 Ibíd., p. 30.

17 Centro para el Envejecimiento de la Universidad de los Andes: Informe estudio preferencias motivacionales y laborales personas mayores de la Región Metropolitana, disponible en: https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2023/09/Informe-CEUANDES-CAPITAL-PM-.pdf, p. 29.

Es entonces que cabe ir cerrando cada vez más el cerco analítico, y volcarse a la preparación de quienes continúan laborando -cualquiera sea su argumento- siendo ya adultos mayores.

Parafraseando los resultados, las investigaciones revisadas permiten auscultar una preparación del trabajador adulto mayor que se ve condicionada por un ingreso muy temprano al mercado del trabajo[18], con una alta estabilidad laboral y preeminencia hacia la subordinación y dependencia[19]. No resultan extraño notar, entonces, que los niveles de formación formal, en general, sean bajos. Es precisamente la conjunción de dichos factores aquello que imposibilita observar a la capacitación como factor de mantención y perfeccionamiento de aquellos trabajadores que se mantienen activos en el mercado laboral ya en su madurez. Esto guarda fundamento en, justamente, una arista que tiende a ser desdeñada: en el deseo del trabajador de ser capacitado, al alero del desmedrado nivel educacional de la media del trabajador de tercera edad en Chile. En efecto, y "pese a este bajo nivel educacional, el 83% de los trabajadores percibe que su trabajo actual es adecuado en relación a su nivel de formación, estudios o experiencia laboral"[20], no observándose a la capacitación como algo útil; cuestión comprensible al alero de historias laborales en el que la estabilidad no se forjó -inevitablemente- en razón de actualizaciones formales constantes. Por ello, no debe extrañar que sea muy baja "la presencia de capacitación (…), pese a que alrededor de un tercio de los trabajadores y poco más de la mitad de los retirados disponibles manifiesta disposición a asistir a un curso de capacitación"[21]. Empero, los hechos demuestran que por más intenciones existan en orden a capacitarse, meramente el 4% de los trabajadores cuyas edades fluctúan entre los 60 y 74 años ha participado en una sesión de capacitación laboral de 8 o más horas durante el último año -2016-, y solo el 0,4% de los mayores de 75 años[22]:



[18] "El inicio de la vida laboral para quienes trabajaron alguna vez fue relativamente temprano. El 69% trabajó "la mayor parte de los años" entre los 18 y los 24 años. La trayectoria laboral difiere por género, donde a toda edad los hombres trabajaron más que las mujeres. Los que se mantienen trabajando han tenido durante toda su vida una mayor inserción en el trabajo", Ibíd., p. 28.

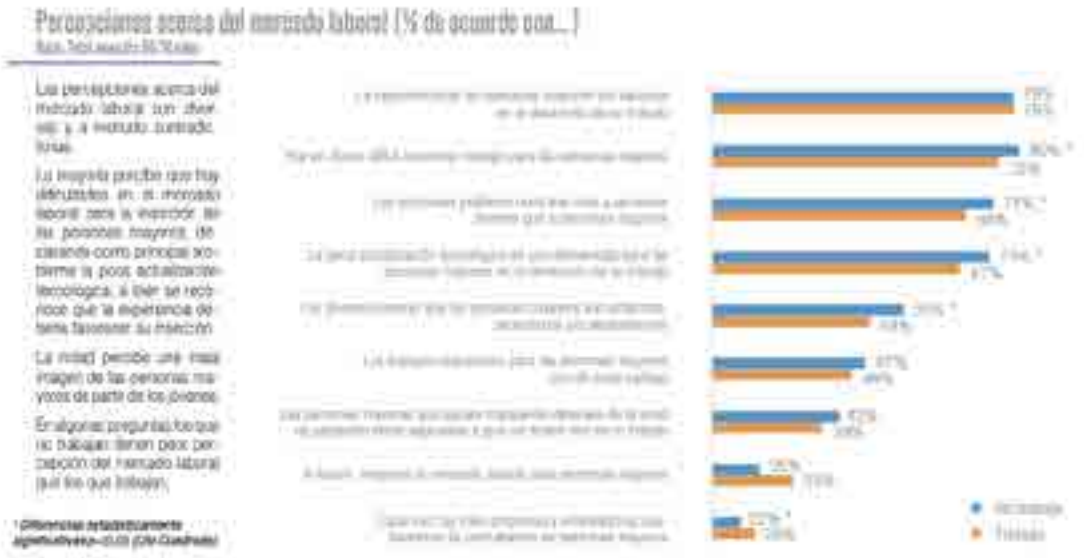
[19] "Las trayectorias laborales de tipo de trabajo han sido variadas: poco menos de la mitad se cambió algunas veces de trabajo, más o menos un cuarto se cambió muchas veces y poco más de un cuarto nunca se cambió. La estabilidad laboral en el mismo lugar es mayor que la del mismo tipo de trabajo. También es relativamente alta la estabilidad en una misma posición laboral, donde un 73% expresa haber trabajado la mayor parte como dependiente, un 20% como cuenta propia y solo un 7% en ambas posiciones laborales. Las mujeres y las personas retiradas tuvieron trayectorias laborales más estables en todas las dimensiones analizadas. Entre los que han trabajado alguna vez, un tercio nunca se encontró desempleado en su vida por más de un mes, un 42% estuvo desempleado entre 1 y 3 veces, 15% entre 4 y 6 veces y 11% más de 6 veces. Los retirados que están disponibles para trabajar han estado más desempleados que el resto", Ibíd.

[20] Ibíd., p. 30.

[21] Ibid.

[22] Cf. Centro de Políticas Públicas UC. Adultos mayores: un activo para Chile. Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/06/Adultos-Mayores-un-activo-para-Chile.pdf, p. 22.

Uno de los puntos más relevantes a analizar tras el recién analizado es el factor de la tecnología en tanto arista capacitable. El ya referido estudio de la Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo establece a nivel estadístico sobre la sugestiva base de la percepción de quienes laboran y quienes no lo hacen que la escasa actualización tecnológica es una desventaja para el adulto mayor a la hora de desarrollar su trabajo[23]:



Pero también recurre a las empresas en una dinámica de estudio de campo, a efectos de extrapolar la percepción del sector trabajador con los pareceres de quienes contratan. Extraigo del estudio 3 opiniones desde la perspectiva de la capacitación y la contratación de adultos mayores que me parecen descriptivas tanto de una animosidad en torno a la caridad, como de las expectativas de las empresas hacia los prospectos y actuales asalariados de tal grupo etario (lo destacado es propio): "No, yo *creo* que no (debieran haber capacitaciones para personas mayores), *cómo vas a invertir en alguien que ya está próximo a jubilarse o que sigue trabajando*, si lo hay deben ser muy pocas" (Otros rubros, PYME, RM) (…) "Los procesos de inducción para la gente de más edad tienen que ser más establecidos, más claros y todo. Porque a veces como que llegan un poco, *llegan medios perdidos* con algunos temas, entonces hay que... pero yo creo que, *con buenas directrices, en el fondo se soluciona*. (...) *Ayudarlos un poco más al principio*. Pero eso, yo creo que, a la larga, te da mayores beneficios" (Comercio-turismo, PYME, RM) (…) "Yo creo que el factor fundamental tiene que ver con la *adaptación a las nuevas tecnologías*, yo creo que el *reciclaje laboral* de las personas mayores de cincuenta y cinco años creo que es un factor importante para poder tener mejor empleabilidad" (Comercio-turismo, PYME, RM)"[24].

Si se aúna en ideas nucleares lo expuesto en este punto, es posible decir que más de la mitad de los adultos mayores chilenos, con escasa capacitación tecnológica, han trabajado, trabajan o están dispuestos a ingresar subordinadamente al mercado del trabajo. Este último se presenta como un medio reduccionista desde el canto de su percepción a esta fuerza laboral, casi al borde de la caricatura y el estereotipo en desmedro de la operatividad de derechos fundamentales tales como la Libertad y el Derecho al Trabajo, descartando la capacitación del adulto mayor bajo el argumento

[23] Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. Trabajo y personas…, p. 55.
[24] Ibíd., p. 64.

de la cercanía a la jubilación y un bajo número de personas que laboran. Variables que, según se ha visto, además de ser falsas, son asumidas míticamente -es decir, creídas sin base empírica que les de sustento- a efectos de resolver el tema de la vida laboral del adulto mayor. Lo cierto es que según puede destilarse de los estudios revisados, la materia del presente estudio para el empresariado chileno es un tema, mas no un problema. Este talante devela, en primer lugar, una nula autocrítica, deslizando un discurso corporativo que, cual mantra, reza que sobre la base de un reciclaje laboral en pro de la mejor empleabilidad de los mayores de 50 años, es posible hablar de una adaptabilidad a las nuevas tecnologías, ayudándolos a integrarse. Pero además releva, ya en segundo término, el fracaso institucional del Derecho chileno en esta materia.

En efecto, y según se revisará en lo sucesivo, lo realmente preocupante es que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social nacionales no hayan asumido en serio la irritación sistémica que representa la circunstancia que un grupo importante de la población -que busca legítimamente su protección- se vea desguarnecida por representar, el mismo en si, una carga social que sigue siendo irresoluta[25], tanto al ingreso a trabajar, como al término de la relación de trabajo en clave tutelar. No existe retraducción eficaz alguna de estos subsistemas jurídicos en orden a asimilar bajo su núcleo las complejidades de un sector poblacional que, deseando ingresar a trabajar y/o mantener su trabajo, por su edad, es sencillamente discriminado. Ambas ramas prefieren leer las señales del entorno desentendiéndose de factores demográficos esenciales para la promoción de una estructura coherente con sus principios tutelares.

3.2. La falsa estabilidad laboral chilena: necesidades de la empresa, adecuación y capacitación técnica del adulto mayor

Chile representa un espectro laboral que, desde lo normativo, asienta la estabilidad laboral de quienes forman parte de su mercado de trabajo desde lo relativo. Ello significa, en palabras de la Corte Suprema -con destacado propio-, que "el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida *en que no incurra* en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen *de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento* de la empresa o desahucio; en *aras de tal principio* se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral"[26]. Es decir, el máximo interprete normativo en Chile expresa que, únicamente en la medida que el trabajador no incurra en las causales establecidas por la ley para poner término al contrato de trabajo, este mantendrá su fuente de ingresos, asumiendo desde ya la existencia de un mal llamado despido: las necesidades de la empresa, lisa y llanamente denominadas por la Corte Suprema como una prerrogativa del empleador, diferenciable de aquello cuanto el trabajador pueda llegar a incidir mediando su voluntad.

Las causales no son mera cuestión argumental en torno a la terminación del contrato de trabajo, amparables bajo la noción de "lo justificable". Expresan el supuesto ideológico sobre el cual se sustenta la tutela del Derecho del Trabajo. Aquel, en la medida que su flexibilidad no mute en la deformación de su núcleo, coadyuva a imprimir en las interpretaciones dables de su texto la necesaria significancia de estabilidad ante la relatividad campante en el sistema de despido chileno. Expresa Domínguez Montoya que "entre mayores sean los niveles de indeterminación de la causalidad,

[25] "La superación del concepto de riesgo se opera cuando la indemnización no se limita a riesgos futuros e inciertos, elementos éstos típicos de la noción de riesgo en sentido estricto, sino que se extiende a eventos susceptibles de compensación pero ya realizados. De aquí que la doctrina francesa proponga, en sustitución de la expresión riesgo social, la de cargas sociales", Hernández Martín, D. "El ámbito objetivo de la Seguridad Social", VV.AA. Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid, Artes Gráficas Helénica, 1964, p. 59.

[26] Humeres Noguer, H.: "2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (casación en el fondo)", en: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1), p. 369.

mayores serán los niveles de inseguridad jurídica, desfavoreciendo la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores eficacia de los derechos laborales a la voluntad del empleador. Esto, por cuanto el despido como acto de poder y autotutela, se constituye como un mecanismo expeditivo, que deja en las manos de una de las partes, el empleador, la posibilidad de extinguir la relación laboral sin acudir al juez"[27].

No obstante lo expuesto, existe suficiente consenso doctrinal y jurisprudencial en Chile en orden a indicar que la causal de necesidades de la empresa representa un señero ejemplo de apertura e indefinición. Si se revisa el artículo que la contiene -161 inciso 1º del Código[28]-, es dable concluir que está redactado "en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal"[29]. Si a lo anterior se agrega que invocación de la causal implica el pago inmediato de determinadas indemnizaciones[30], más que una causal, estamos en presencia de una prorrogativa empresarial que precisa meramente de una formal motivación en pro de perfeccionar el despido del trabajo. En efecto, y aun cuando el trabajador judicialice la terminación del despido por considerar que la aplicación de la causal es indebida, injustificada o improcedente, aquella podrá hacerse igualmente efectiva "mediante el pago de la indemnización por parte del empleador, por lo que la facticidad o concreción del despido por esta causal vendrá dada por su mayor o menor capacidad económica.

Es por ello que, siguiendo ahora al artículo 169 del mismo cuerpo, el antedicho aviso al trabajador supone una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios, *ergo*, no pudiendo ser dejada sin efecto, la que deberá ser pagada en un solo acto al extenderse el finiquito, salvo pacto en contrario"[31]. El modo en el que se configura normativamente la causal "constituye un "incentivo" para impedir su impugnación, más aún si esta tiene limitaciones importantes de cuantificación[32]. Sumado a lo anterior, esta modalidad de despido no tiene limitaciones cuantitativas ni limitaciones temporales de concreción, pudiendo materializarse un Despido Colectivo, sin requisitos adicionales, ni autorizaciones de ningún tipo, siendo inexistente la intervención de poderes públicos y organizaciones sindicales"[33]. Lo relevante, al final del día, es que el despido por necesidades de la

---

27 Domínguez Montoya, Á., "La fragilidad causal del despido en Chile: disponible en: análisis, críticas y propuestas", disponible en: http://www.centrass.utalca.cl/docs/documentos/Primer%20Panel.Ponencia%20General.pdf, p. 15.

28 Art. 161. Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.

29 Ugarte Cataldo, J.L: Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 40.

30 Art. 163. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.
A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.
La indemnización a que se refiere este artículo será ompatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

31 Pizarro Contreras, S.: "La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana", en: AA.VV. Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz. Ediciones On Demand, Santiago: 2017, p. 277.

32 Considérese que, al alero del artículo 168 letra a) del Código del Trabajo, "el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas: a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;"

33 Domínguez Montoya, Álvaro, "La fragilidad…", p. 16.

empresa depende del empleador, bien de su capacidad económica y en rigor, de su libre albedrío. "Así las cosas, la causal de despido de necesidades de la empresa se usa en muchas ocasiones en forma residual. El empleador no ve otra forma de prescindir de su trabajador por lo que invoca la causal debido a las características ya señaladas. Y el legislador da señales en este sentido, no expresas por cierto, pero en ciertas disposiciones le otorga este carácter"[34].

Si acotamos las disquisiciones sobre la causal de necesidades de la empresa en Chile en torno al tema de la capacitación, en abstracto, la legislación chilena ya tendría resuelta desde la perspectiva genealógica, la problemática discriminadora por falta de adecuación del adulto mayor. Esto, pues mediante la ley Nº 19.759 promulgada en septiembre de 2001, el Derecho del Trabajo chileno proscribió la posibilidad que originalmente prescribía el artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo[35]: la de incluir dentro del halo de racionalidad técnica inherente a esta causal, la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador, eliminando el haz de flexibilidad que la legislación le dotaba en desmedro de la estabilidad. Por tanto y, en definitiva, aun cuando el empleador pretendiese sustentar la prudencia de su decisión de término del contrato de trabajo pues el trabajador no se ha adecuado técnicamente, lo cierto es tal contingencia fue proscrita por el legislador laboral hace ya prácticamente 22 años. Todo lo anterior, sin obviar que a nivel constitucional se establece en el artículo 19 Nº 16 -el cual trata la Libertad y el Derecho al Trabajo- como los únicos criterios de discriminación la capacidad y la idoneidad personal, y a nivel legal el Código del Trabajo en su artículo 2 y en una enumeración *numerus apertus* incluye como categoría de discriminación a la edad. "Dicho de otra manera: por un lado, el empleador tiene derecho a optar por aquel trabajador que considere más capacitado o idóneo para una función específica; pero, por otro, el trabajador tiene derecho a que no se le discrimine por causas ajenas a su capacidad o idoneidad para el cargo o función"[36]

Lo cierto es que, no obstante lo terminante de la imposibilidad de despedir mediando la falta de adecuación técnica, cierta doctrina chilena daba cuenta de una cierta *contradictio in terminis* en el giro de tuerca del legislador de la ley Nº 19.759. Parafraseando a Thayer, si bien la eventualidad de justificar un despido por necesidades de la empresa en aquella circunstancia solo podría darse en la medida que los esfuerzos en pro de la adecuación del trabajador resultasen fútiles, "no hay como refutar que es una necesidad de la empresa poner término a los servicios de un trabajador que no se adecua laboral o técnicamente a las funciones para las cuales fue contratado"[37]. El parecer expuesto ha sido refrendado mediando la excelente salud de la que goza a nivel comparado, *v. gr.*, la causal objetiva de "falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo", contemplada en el artículo 52 letra b) del Estatuto de los Trabajadores de España (ET), país cuya legislación que continuamente es observada por Chile para sus procesos de reforma o génesis normativa. Con el matiz, por cierto, que a diferencia del caso chileno, España presenta un componente social a propósito de la invocación de esta causal basado en la capacitación y el reintegro al mercado laboral, amortizando por un lado las consecuencias de encontrarse sin trabajo intempestivamente y, por otro, fortaleciendo en abstracto la operatividad del Derecho al Trabajo.

---

34 Silva Niño de Zepeda, R.: De las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio: su problemática y relación con el Procedimiento de Tutela Laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago: Universidad de Chile; Facultad de Derecho, 2011, p. 72.

35 El artículo 161 original del Código del Trabajo, incluía en su inciso primero tal posibilidad del siguiente modo: "Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador".

36 Irureta Uriarte, P.: Constitución y Orden Público Laboral. Santiago, Facultad de Derecho-Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 87.

37 Thayer Arteaga, W.: Dimensión Histórica del Código del Trabajo. Ediciones de la Universidad del Desarrollo, Santiago: 2008, p. 63.

En efecto, España en su ya aludido artículo 52 letra b) del ET, prescribe determinadas exigencias para que el empleador pueda despedir a un trabajador por inadaptación[38]: que las modificaciones técnicas sean razonables, facilitación por parte del empleador de un curso en pro de la adaptación del trabajador para los cambios, y que el término del contrato de trabajo solo puede producirse habiendo transcurrido, al menos, dos meses desde que se introdujo la modificación o finalizó la formación de adaptación[39].

Resultando evidente que la legislación chilena ni remotamente observó a su par española en esta materia, interesante resulta notar a efectos analíticos cuanta falta de rigor disciplinar se observa en el comentario de Thayer; esto, desde la perspectiva de la congruencia del Derecho del Trabajo. De aquel no es difícil extraer que da la objetiva impresión que el autor no fue capaz de distinguir entre la imputabilidad de la causal y voluntad del trabajador con relación a su aplicación, como si mayormente la voluntad del trabajador fuere primordial a la hora de demarcar los derroteros de su vida laboral. Es de suyo claro que en esta clase de despido por falta de adecuación el trabajador es a quién le es imputable aquella carestía técnica, mas, aquella no recae sobre su voluntad, salvo que queramos ver una suerte de negligencia o dolo por parte de él. No debe obviarse en esta argumentación que, por lo demás, el deber de capacitar en la legislación laboral chilena es que uno que recae en el empleador primariamente, y luego en un cariz subsidiario, al Estado[40].

Considerando ello, la solución que dio el Derecho del Trabajo chileno fue una basada, a diferencia de la anotada legislación española, en una consideración particularmente facilista y hasta, inocente: la asunción que, mediando la extracción normativa de la posibilidad, el empleador se inhibirá de despedir a un trabajador que no le es útil desde la faz del rendimiento por no adecuarse tecnológicamente. Los hechos demuestran que no obstante el encasillamiento de la causal como una de naturaleza técnica, de mercado, e incluso, como una en la que la propia voluntad del empleador se ve anulada no quedándole otra alternativa que despedir al trabajador[41], el Derecho Laboral chileno se

[38] Considerar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 03 de Octubre del 2003, Recurso No 551/2003: "La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas, precisamente durante su situación de baja por maternidad, tampoco pueden ser esgrimidas como justificativas del despido, cuando no consta que a la actora se le haya facilitado cursos de reconversión o perfeccionamiento, máxime teniendo en cuenta que la implantación del nuevo sistema informático concluyó en Abril del año 2000, y la actora se reincorporó a su trabajo, procedente de la baja por maternidad el 29 Abril 2002".

[39] En profundidad, Gorelli Hernández, J.: "El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo", en: Revista Derecho & Sociedad, N° 53, p. 77.

[40] Ello se extrae desde lo prescrito por el artículo 179 del Código del Trabajo: "La empresa es responsable de las actividades relacionadas con la capacitación ocupacional de sus trabajadores, entendiéndose por tal, el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo; y a incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía, sin perjuicio de las acciones que en conformidad a la ley competen al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo y a los servicios e instituciones del sector público". Se agrega a dicha norma, el artículo 183 AD, el cual señala: "Las empresas de servicios transitorios estarán obligadas a proporcionar capacitación cada año calendario, al menos al 10 por ciento de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo período, a través de alguno de los mecanismos previstos en el Párrafo 4° del Título I de la ley N° 19.518. La Dirección del Trabajo verificará el cumplimiento de la obligación establecida en este artículo". Finalmente, desde la arista de los costos de las actividades de capacitación, el artículo 34 de la Ley Nº19.518 expresamente prescribe: "Los desembolsos que demanden las actividades de capacitación a que se refiere este Párrafo serán de cargo de las empresas, las cuales podrán compensarlos, así como los aportes que efectúen a los organismos técnicos intermedios para capacitación, con las obligaciones tributarias que les afecten, en la forma y condiciones que se expresan en los artículos siguientes".

[41] La Corte de Apelaciones de Concepción en su Rol Nº 5692-2007 establece: "Que las causales de terminación del contrato de trabajo pueden clasificarse en objetivas y subjetivas. Son causales objetivas aquellas independientes de la voluntad de las partes, esto es, que el hecho que eventualmente dé origen a la causal debe ser extraño a la voluntad del actor, ajeno, no miran a la voluntad de las partes, por ejemplo, las necesidades de la empresa. Son

termina engañando a si mismo mediando una estabilidad que no tiende a la protección de la fuente de empleo.

Muy a diferencia de cuanto se expone respecto de España, Chile no obliga a la patronal a tener que formular un curso, a justificar la razonabilidad de los cambios técnicos y mucho menos tener que esperar 2 meses para proceder al despido. Dicho de forma diversa, siendo la causal de necesidades de la empresa mero voluntarismo del empleador, nada quita que sin perjuicio de haberse eliminado de la causal por necesidades de la empresa la posibilidad de terminar el contrato de trabajo por falta de adecuación técnica del trabajador es una perfectamente vívida, al alero de su indefinición argumental, los reduccionismos que gobiernan la continuidad, capacitación y estabilidad del trabajador de edad, así como un bajo costo en judicialización[42]. A efectos de la Recomendación Nº 198, el trabajador de edad en Chile y su realidad no goza de recaudos especiales en la estructuración e invocación de una causal que, además de enmascarar el libre despido bajo los ritos y formas jurídicas, acalla las falencias estructurales de una empresa en el proceso laboral de integración, mantención y terminación.

En definitiva, bien vale concluir que el Derecho del Trabajo chileno, más allá de carecer en una causal abiertamente flexible y libre a la voluntad del empleador cualquier consideración de índole social, no es capaz de cumplir con aquello que -mínimamente-, se espera de él. Esta afirmación va más allá del hecho que Chile en este punto no satisfaga los parámetros sugeribles desde las Recomendaciones OIT aludidas en esa investigación. No existe deber de capacitación por el empleador si acaso nota que hay capacidad suficiente en lo que nos interesa dentro de una sociedad que deambula por la IV Revolución Industrial -la capacitación tecnológica-, ni posibilidad de demostrar la valía del trabajador fruto de algún proceso de capacitación en pro de los rendimientos esperables, cupiendo la subsistencia fáctica del despido por falta de adecuación técnica del trabajador, la cual penderá únicamente de la sola voluntad y capacidad económica del empleador para su ejecución[43]. Así las cosas, es perfectamente conjeturable que tras la falsa tecnicidad de una causal de término como la analizada, con nula consideración social, se escondan factores tales como la desidia del empleador a capacitar a un adulto mayor y reduccionismos conceptuales ajenos a cualquier consideración demográfica, de los que pende la *praxis* jurídica de la Libertad y el Derecho del Trabajo en Chile.

---

causales subjetivas aquellas que dependen para su configuración de hechos que emanan de circunstancias imputables a las partes en sí y no atribuibles a los demás elementos del contrato, por ejemplo, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato" (Considerando Séptimo).

42 De ello da cuenta muy tempranamente la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que "el legislador contempla en el artículo 161 inciso 1º diversas hipótesis de aplicación de la causal, tales como racionalización de la empresa, modernización de la misma, bajas en la productividad de la empresa, cambios en las condiciones del mercado y cambios en las condiciones de la economía. Las hipótesis descritas tienen en común los elementos de ajenidad u objetividad, gravedad y permanencia. Si se comparan las hipótesis indicadas, el carácter económico o tecnológico de las necesidades de la empresa está latente en cada una de éstas, lo que constituye un faro, en la búsqueda de la medida que debe ser usada como referencia en la precisión de lo que debe entenderse por necesidades de la empresa. Las situaciones descritas por la ley no logran cerrar la vasta casuística que puede llegar a constituir la causal en comento, por lo que la norma admite otras situaciones análogas" (el destacado es propio), Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 264-2008.

43 Si bien en la actualidad los criterios referentes a la aplicación de la causal de necesidades de la empresa en Chile se encuentran desprovistos de argumentación sobre la falta de adecuación técnica del trabajador fundada desde la norma misma -pues esta variable resultó derogada-, una específica sentencia de la Corte Suprema demuestra que, a nivel argumental, es posible llegar a conclusiones dentro de la causal de necesidades de la empresa que incluyan la variable de falta de adaptación del trabajador. Esto, pues según el máximo Tribunal en la causa analizada en la investigación que se indicará, no establece que el artículo 161 inciso 1º -el cual contiene esta causa- contenga requisitos específicos para su configuración, pues la enumeración indicada no es taxativa. Revisar Yáñez Monje, P.: Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato: ¿conversión a un sistema de libre despido?, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, Vol. 1, No 1, 2010, pp. 145-152.

3.3. Trabajador de edad y sostenibilidad de las pensiones en Chile (o bases para una intervención situacional gerontológica y planificación de las áreas de producción)

No existe misterio alguno en torno a que el sistema de pensiones en Chile se encuentra en crisis. Una, absolutamente ligable a cuestiones de sostenibilidad, tanto jurídica, política, financiera como social. En esta investigación solo se abarcará el tema de la sostenibilidad desde el prisma anotado por la OIT respecto de los trabajadores de edad y sus alcances en Chile: la prolongación de la vida laboral ante la calidad del trabajo disponible y ejercido por los adultos mayores que aún no se jubilan. Empero, se hará en el análisis un matiz social no observado por la estructura jurídica chilena, por cierto, abstracta, general y unívoca: la consideración por las particularidades de los trabajadores según área de la producción, fomentando una intervención situacional gerontológica, procurando la planificación de su laboralidad como reflejo de aquella.

Para esta inflexión en el análisis, menester resulta recordar ciertas variables, brevemente. Una de las cuestiones más sugestivas planteadas por la Organización Internacional del Trabajo en el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 apunta a que el retraso de la edad de jubilación solo puede llegar a resultar útil para los fines -más población en edad para el trabajo con impacto en la producción y número de cotizaciones, básicamente, en pro de la sostenibilidad del sistema- en la medida que el trabajo ejercido sea uno orientado por los lineamientos del trabajo decente y la producción. Contra tales, es posible encontrar las lagunas previsionales y empleos precarios. Cual silogismo, si es que existe un combate efectivo contra tales circunstancias, podría llegar a pensarse en posponer la edad de jubilación en Chile y, en consecuencia, hacer más sustentable del régimen de pensiones en Chile. Este planteamiento, de suyo general y no particularizado en alguna rama de la producción, no debe abandonar los llamamientos de la OIT a considerar las particularidades de grupos desaventajados, entre los cuales se encuentra el adulto mayor, facilitando el empleo o su reincorporación al ruedo.

La precariedad de las pensiones pagadas en Chile es razón poderosa en la decisión de un adulto mayor en orden a continuar trabajando o bien jubilada decide retornar al mercado del trabajo en Chile. Según relata el profesor Cifuentes "la cuestión principal de debate en Chile en relación con las prestaciones de Seguridad Social para los adultos mayores se relaciona con la cuantía de la pensión, en la que, a diciembre 2020, nos encontramos con prestaciones por vejez al cumplimiento de la edad legal con promedios en hombres de $257.000 (US$ 360 aprox.) y de $152.000 (US$ 210 aprox.) respecto de las mujeres, ambos casos muy distantes del actual sueldo mínimo de Chile de $326.500 (US$ 455 aprox.), en particular en el caso de las mujeres, según datos de la Superintendencia de Pensiones"[44]. No es difícil conjeturar que estas bajas pensiones encuentran recaudo, *v. gr.*, en periodos de cesantía, la existencia de una causal suficientemente flexible como la revisada en el punto anterior, el no pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, así como bajas remuneraciones. Sobra decir que el mínimo nacional propuesto por la OIT en la Recomendación No 202 de 2012 no se cumple por Chile. El corolario de ello es que los trabajadores cotizan por menos de la mitad de los años que laboran. Larraín y Cabezón grafican lo expuesto[45]:

[44] Cifuentes Lillo, H.: Los adultos mayores y las pensiones por vejez en Chile, en https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13537/13874.

[45] Cabezón, M.E y Larraín, C.: Pensiones en Chile. ¿Cómo han evolucionado en el tiempo?, en Serie Informe Económico, No 197, 2021, p. 15.





El mercado de trabajo delineado en estos esquemas devela una abstracta prolongación de la vida laboral que viene precedida por un alto porcentaje de trabajadores que cotizan por pocos años y por valores mínimos. Estos guarismos, representativos de una realidad global del mercado, dan pábulo para comprender en la actualidad una informalidad laboral creciente en determinados sectores etarios post pandemia por COVID-19, "tanto para hombres como para mujeres, independiente del nivel educativo, estado de salud o ingresos no laborales"[46]. Analizar al sistema de seguridad social desde la perspectiva de la sostenibilidad en esta línea, acarrea entender que la informalidad es el resultado de un mercado de trabajo que, observado en términos generales, resulta ser precario para dotar a sus participes trabajadores de pensiones suficientes. No existe una estructura legal capaz de revertir los periodos de cesantía, mediando al efecto un entramado que fortalezca la pronta reintegración, matizando despidos carentes de consideraciones sociales, demográficas y de capacitación. No resulta así prudente, desde el prisma planteado, proponer el retraso de la edad de jubilación al no resolverse las disyuntivas expuestas.

En este punto, planteo que el Derecho del Trabajo no resulta ser coadyuvante de la Seguridad Social, precisamente por no ser el primero de los subsistemas referidos uno que técnicamente no se encuentra comprometido con el mercado de trabajo. Una cosa es tener un compromiso macro con la sostenibilidad del sistema capitalista -su función política-, y otra muy distinta es afrontar el dinamismo y particularidades de las áreas de la producción de frente al trabajo y al trabajador que abjura tutelar contractualmente, sin mediar al efecto un empleo calificable como decente. El fracaso en el tratamiento de esta paradoja teórica por parte tanto del Derecho del Trabajo como de la

[46] Pontificia Universidad Católica de Chile: Trabajo y Personas Mayores a tres años de la pandemia, en Observatorio para el Envejecimiento, año 4, vol. 23, 2023, p. 5. A mayor abundamiento, el estudio citado refiere a los niveles de informalidad laboral del mercado chileno entre 2019-2023, respecto de hombres y mujeres: "Considerando la ENE 2023, se da cuenta que los niveles de informalidad laboral alcanzan su máxima tasa luego de los 70 años, tanto para hombres como para mujeres (…). Para el caso de hombres, el 57,7% de la población 70+ corresponden a ocupados informales considerando el último trimestre móvil. Para el caso de las mujeres, se llega a cifras similares en el quinquenio previo, es decir, entre los 65 y 69 años. Luego de los 70 años, cerca de 6 de cada 10 mujeres trabaja desde la informalidad. En el otro extremo, la informalidad alcanza los valores más bajos cuando hombres y mujeres aún se encuentran en edades pre-jubilatorias y/o cercanas al retiro y aumentan considerablemente posterior a este hito. Específicamente en el caso de los hombres entre 60 y 64 años, la formalidad no supera el 30% y se mantuvo relativamente estable en medio de la pandemia por COVID-19 (Gráfico 3). Por su parte, para las personas mayores de 70 años se observa la mayor proporción de informalidad, que además alcanzó su punto más alto en 2022 con un 58,6% entre los ocupados, 3,4 puntos porcentuales más que lo registrado en 2019. En el caso de hombres de 65 a 69 años la informalidad incrementa en más de 10 puntos porcentuales respecto a los grupos más jóvenes, y ha aumentado sostenidamente durante 2023, superando los niveles de 2019", Ibíd., pp. 5-6.

Seguridad Social es, justamente, este mercado precario incapaz de dotar de sostenibilidad suficiente a las pensiones.

Fruto de lo referido, una manifestación coherente en vistas a una futura extensión de la edad de jubilación en tanto consecuencia de procesos de corrección normativos redundantes en el mercado de trabajo, sería la adopción de perspectivas que reconozcan las particularidades inherentes a la continuidad e inclusión del trabajador de edad dentro del área de producción en que se desempeña o procura hacerlo. Algo no menor pensando en Chile, considerando que "en el escenario actual del país, donde las personas mayores se empobrecen debido a las bajas pensiones que reciben, es cierto que una proporción importante de este grupo trabaja hasta la vejez, más allá de la edad legal de jubilación: Chile tiene un alto promedio de edad efectiva de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), uno de los más altos entre los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico"[47]. Tal es, en fin, un tema de intervención y correlativa planificación gerontológica del trabajo, de su calidad y condiciones. Este tipo de intervenciones "queda contextualizada en una forma metodológica que determina proactivamente las situaciones que configuran los llamados nudos críticos a fin de diseñar las alternativas y medios para alcanzar objetivos y metas de manera colectiva y consensuada"[48]. En términos simples, "de acuerdo con los planteamientos en perspectiva situacional, (…) la realidad no se explica de la misma manera por los distintos actores sociales, ya que ello depende de la relación de los grupos sociales con la situación y de la situación con el escenario pasado y futuro histórico, cultural, medioambiental (entre otros), en los que se desarrolla la vida"[49].

La discusión en este derrotero debe rodear, estimo, la noción de calidad dentro de un enfoque de derechos, leídas ambos núcleos como nudos críticos para la discusión. Uno de los escasos estudios dedicados concretamente a la calidad del empleo del adulto mayor en Chile, es el de los autores Luz María y Mauricio Ferrada Bórquez en su investigación "Calidad del empleo de los adultos mayores en chile, un factor de envejecimiento activo"[50]. Estos autores erigen la señalada noción alejándose de concepciones de caridad, determinando al trabajador de edad como un ser humano integrante de una comunidad política, con derecho a demandar del Estado acciones y prestaciones, participando de su definición[51]. La calidad del empleo en esta senda viene a ser la concreción de una suma de políticas tendientes a materializar la gramática de los derechos en desmedro de la perspectiva de la mera misericordia pasiva y en favor de la calidad de vida, habida consideración del contexto de cada quién[52]. Ahora bien, si se quiere ver de una forma rigurosamente jurídica asociada a la concreción de los Derechos Fundamentales dentro del mercado de trabajo, la calidad en el empleo de los adultos mayores es parámetro de relevancia para medir el trabajo decente como expresión de la Libertad y el Derecho al Trabajo.

47 Gray-Gariazzo, N., Sisto-Campos, V., Basualto-Cárcamo, C., y Rivera-Tovar, M.A.: Extension of working life and implications for occupational health in Chile. Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, 2019, p. 694 (la traducción es propia).

48 Piña-Morán, M., Olivo-Viana, M.G., Martínez-Maldonado, Luz, M., Mendoza-Núñez, V.: Intervención situacional gerontológica: estrategia para potenciar los roles sociales de los mayores, en Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, vol. 56, No 1, 2018, p. 107.

49 Ibíd., p. 106.

50 Ferrada Bórquez, L.M. y Ferrada Bórquez, M.: Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo", en Revista Papeles de Población, No 95, 2018, pp. 43-67.

51 Cf. Ibíd., pp. 46-47.

52 "El enfoque de derechos entronca perfectamente con el paradigma de la calidad de vida en la medida que tiene como finalidad garantizar una situación de certidumbre, lo que implica procurar condiciones para un desarrollo integral. Es decir asegurar en un concreto contexto social, la realización personal, garantizando que cada individuo o cada colectividad desarrolle su capacidad para reivindicar ante instancias de decisión las condiciones inherentes a su dignidad y que en un plano de justicia pueda cubrir sus necesidades básicas y, en definitiva, erradicar conductas o ideas inconsistentes con el respeto de aquella dignidad", Huenchuan Navarro, S.: Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina, en Serie Población y Desarrollo, No 51, 2004, p. 33.

Según estos autores, la calidad ha de considerar ciertos factores: ingreso, contrato laboral, seguridad social y jornada laboral. A su vez, cada uno de estos responde a las siguientes variables: sexo, zona urbana o rural, escolaridad, tamaño de la empresa, rama de actividad y edad. Tras la asignación de valores, concluyen que "los adultos mayores con más altos indicadores de calidad de empleo son los varones, con mayor escolaridad, que residen en el sector urbano y que se encuentran en el tramo de edad entre 60 y 69 años"[53]. Las observaciones realizadas en el punto 2 de esta investigación, sin obviar las del 3 respecto de las propuestas de la OIT en sus Recomendaciones e Informe, resultan ser absolutamente simbióticas en pro de la auscultación de la calidad del empleo. Efectivamente, la educación formal precisa de la capacitación específica en pro del fortalecimiento de las competencias y la continuación de la vida laboral, incluso jubilado, *bis a bis* el ingreso de los jóvenes al mercado de trabajo. No puede pensarse la calidad del trabajo del trabajador de edad sin adicionar a la educación formal que detenta, la necesaria capacitación -en lógica de actualización- de sus competencias. A su vez, la estructura jurídica reguladora de la vida laboral del trabajador no puede tender a la abstracción y uniformidad de criterios al modo del Derecho, pensando en la diversidad de factores y variables inherentes al área de la economía en la que este se desempeñe, así como en el lugar en que la desarrolla. La idea es ir mejorando la calidad del trabajo en beneficio de la sustentabilidad del sistema de pensiones y la vida del trabajador.

Por lo mismo, de suyo relevantes son las conclusiones a las que arriban los investigadores desde la perspectiva de los polos de producción y el tamaño de las empresas en que los trabajadores adultos mayores laboran: "Además, en las regiones que desarrollan los polos productivos del país (sector financiero y mínero), Región Magallanes, Metropolitana, Antofagasta y Atacama, observan mejor calidad de empleo; en comparación a aquellas de economía tradicional (pesca, silvoagricultura), actividades más ligadas a zonas rurales y preferentemente localizadas en las regiones como la Araucanía, Los Lagos y Aysén. A la vez, en las empresas de mayor tamaño (medianas y grandes), presentan mayor protección a la seguridad social y mejores condiciones contractuales a sus empleados (contrato escrito, indefinido y jornada legal laboral) en comparación a las pequeñas (menores a 50 personas) y a las microempresas (de nueve o menos trabajadores)"[54].

Un proceso de intervención gerontológica del mercado laboral debe asumir cuanto destila esta clase de información en beneficio de las pensiones y su sostenibilidad, sacando a la luz tanto fortalezas como debilidades del mismo. No es lo mismo pensar en un trabajador que desea continuar laborando en el sector financiero urbano dentro de la Región Metropolitana, que uno en silvoagricultura en Aysén. O en las posibilidades reales de verse capacitado en uno u otro contexto. Tenemos ámbitos de producción insertos en realidades radicalmente distintas una de sí. A su vez, no es lo mismo trabajar en una pequeña que en una gran empresa desde la perspectiva de la calidad del trabajo. Sin embargo, las herramientas estatales dirigidas a regular, por ejemplo, al despido, además de no efectuar diferenciación alguna desde el tamaño de la empresa, carecen de miramientos sociales, inversión mínima en capacitación sea que la relación de trabajo esté vigente o terminada, beneficios fiscales y/o tributarios suficientes fruto de la contratación o despido, análisis de riesgo o revisión de los factores etarios del trabajador. A mayor abundamiento, y ya desde la perspectiva de la jubilación, imponer una regla jubilatoria unívoca no resulta deseable, independiente de lo ya expuesto a propósito de la no conveniencia de retrasar la edad de jubilación si es que existe precariedad no resuelta dentro del mercado de trabajo. Las características específicas de los trabajadores de edad, por un lado, y de los sectores de producción en los que laboran por otro, instan a rehuir de parámetros generales en dicha arista.

[53] Ibíd., p. 64.
[54] Ibíd.

Por ello, planificar la vida laboral desde la perspectiva gerontológica conlleva, primero, fijar normas mínimas generales del trabajo para los trabajadores de edad, reconociendo sus peculiaridades. Una suerte de Estatuto laboral primero para, luego, mediante la coordinación entre lo público y lo privado, fortalecer sistemas de contratación, recolocación y capacitación obligatoria anual vigente que esté y/o finalizada la relación de trabajo, mejorando los incentivos estatales. A modo ejemplar y fruto de un ejercicio como el propuesto, junto con las mutuales de seguridad, se debe procurar la fijación de tramos flexibles de jubilación según área de la producción que, además propender a que el trabajador se inhiba de jubilar prontamente, el empleador lo haga respecto de despedir. En la misma línea argumental, la faz colectiva tampoco puede quedar atrás, debiendo promover los sindicatos acuerdos dentro de los convenios y/o contratos colectivos referentes a los despidos dables, favoreciendo la estabilidad laboral de aquellos socios que forman parte de grupos desaventajados, dentro de los cuales se encuentra el trabajador de edad.

El corolario final de una intervención gerontológica como la trazada es que la sustentabilidad del sistema de pensiones se vea reforzada a través de un mayor número de trabajadores cotizantes y el corolario descenso en el gasto estatal por concepto de jubilaciones. Un mercado de trabajo expuesto a esta clase de intervenciones habilita considerar la estabilidad y prolongación de la vida laboral, mejorándose la calidad de trabajo y consecuencialmente, la de la propia vida de la persona mayor. La laboralidad del trabajador de edad se aleja de consideraciones ligables al asistencialismo y la caridad, sino que se construye en tanto reflejo operativo de garantías fundamentales de las que no se ve desentendido ni ajeno.

3.4. La Reforma actual del régimen laboral del trabajador de edad en Chile: lo esperable del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El actual proceso de Reforma nace de la fusión de los boletines Nos 12.451-13, 12.452-13 y 13.822-07, siendo el primero de aquellos el que planteó la necesidad de regular la contratación laboral del adulto mayor. La conjunción de todos estos boletines derivó en el "Proyecto de Ley integral de las personas mayores y de promoción del envejecimiento digno, activo y saludable". A 6 de agosto de 2024 este proyecto pasó a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, siendo ya informado por parte de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El aspecto laboral tiene una genealogía en nada ajena a una variedad de iniciativas legales en Chile. Precedió a este boletín No 12.451-13 el No 8396-13 de 20 de junio de 2012, el cual procuraba incorporar como contrato especial, el del trabajador adulto mayor. El mismo día pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad y no obstante aparecer "en tramitación", lo cierto es que hasta el día de hoy no tuvo ningún movimiento tras ese 20 de junio de 2012. El No 12.451-13 ingresó el 12 de marzo de 2019 y tal como su antecedente, también pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social -del Senado en todo caso-, decidiéndose finalmente su análisis por la Comisión Especial del Adulto Mayor. El 3 de noviembre de 2020 se decide refundir el boletín de carácter laboral con los No 12.452-13 y 13.822-07, los cuales tratan, respectivamente, la jornada de trabajo del adulto mayor y la promoción del envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor.

Del Proyecto de Ley aludido es posible extraer normas de naturaleza laboral, indirecta y directa. Dentro de las indirectas hay contenido laboral interesante de extraer, pensando en su relevancia dogmática e interpretativa, así como la puesta en marcha del objeto y principios declarados en esta ley. A efectos analíticos, se revisará críticamente el apartado normativo directo sobre la base del indirecto. Las normas indirectas se encuentran contenidas en los siguientes artículos:

— 1[55] (objeto): se emplea la noción de igualdad en orden a promover, proteger y asegurar el reconocimiento y pleno ejercicio y goce de todos los derechos y libertades fundamentales de la persona mayor. La idea es incluirla, integrarla y contribuir a su participación. Empero, y como se verá desde los principios, la igualdad viene matizada por el enfoque diferencial para el goce los derechos, lo cual acarrea a su vez, visibilizar la especificidad de sus condiciones y vulnerabilidades.

— 3 en todas sus letras[56] (principios): se promueven y defienden derechos y libertades fundamentales de la persona mayor, valorizándola. Se señala como principio la igualdad y la no discriminación, bajo diferenciales y el enfoque de curso de vida.

— 13[57] (derecho a la educación): la persona mayor puede participar a través de la educación formal básica, media, superior, así como en la capacitación y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías que permitan su inclusión laboral, si es que existe oferta disponible.

— 15[58] (derecho al trabajo): es el Estado quién debe dar tutela al ejercicio de este derecho, erradicando conductas discriminatorias en razón de la edad. A su vez, el Estado debe

[55] Artículo 1.- Objeto. El objeto de esta ley es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.
Ninguna de las disposiciones de esta ley podrá constituirse o interpretarse como una limitación al ejercicio de derechos garantizados por el derecho internacional o la legislación interna nacional.

[56] Artículo 3.- Principios. La interpretación y aplicación de esta ley deberá hacerse de conformidad con los principios consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
Asimismo, son principios generales de la presente ley: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y su contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La participación, integración e inclusión intergeneracional plena y efectiva en la sociedad. f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. h) La autorrealización. i) La equidad e igualdad de género. j) Enfoque de curso de vida. k) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. l) El buen trato y la atención preferencial. m) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. n) El respeto y valorización de la diversidad cultural. ñ) El acceso igualitario a la justicia. o) La pertenencia territorial. p) El de acceso a la educación. q) La progresividad y la no regresión de los derechos.

[57] Artículo 13.- Derecho a la educación. Las personas mayores tienen derecho a la educación, cuya finalidad es que éstas alcancen su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico, sexual y físico, durante las distintas etapas de la vida de las personas.
En virtud de lo anterior, podrán participar en los programas educativos disponibles, ya sea a través de la educación de adultos en los niveles de educación básica y media, o de la educación superior, así como en las actividades de capacitación de oficios, ocupaciones y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías de la información, que permitan su inserción laboral, en la medida en que exista oferta disponible para cada uno de los niveles educativos señalados.
Asimismo, las personas mayores tienen derecho a compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones, en consideración a su diversidad cultural.
El Estado, a través de los Ministerios de Educación, Trabajo y Previsión Social, y Economía, Fomento y Turismo, y de los demás órganos que corresponda, en el ámbito de sus competencias, deberá promover el desarrollo de programas, materiales y formatos educativos adecuados y accesibles a las personas mayores, atendiendo su identidad y necesidades, debiendo, además, promover los contenidos de un envejecimiento digno, activo y saludable.

[58] Artículo 15.- Derecho al trabajo. Las personas mayores tienen derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades y de trato respecto a los demás.
El Estado tiene el deber de dar protección al ejercicio del derecho al trabajo de la persona mayor y erradicar las conductas discriminatorias por motivos de edad.
El Estado, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fomentará que las y los empleadores adopten políticas y/o estrategias específicas de manejo y gestión de personal que consideren el desarrollo de las personas a lo

fomentar que la patronal adopte políticas y estrategias específicas con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación, con reconocimiento de su trayectoria laboral. Por ello, la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades.

— 21[59] (política nacional de envejecimiento): busca promover un envejecimiento digno, activo y saludable en una serie de ámbitos, incluyendo el laboral y educativo.

— 22[60] (líneas de acción): estas líneas incluyen, de conformidad a la letra f) del artículo, programas de promoción de medidas para el acceso de la persona mayor en beneficio de

largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación. Estas políticas y/o estrategias deberán considerar el reclutamiento, desarrollo profesional, las condiciones laborales, la capacitación y perfeccionamiento, y la transferencia de conocimiento, en las distintas etapas de la vida de los y las trabajadoras.

De la misma manera, el Servicio Civil incorporará en las orientaciones técnicas de políticas de gestión de personas, lineamientos que consideren el desarrollo de las personas a lo largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y transición a la jubilación.

Asimismo, tienen derecho al reconocimiento de su trayectoria laboral como fuente de conocimiento y la valorización positiva de sus conocimientos adquiridos en cursos que han sido certificados por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, el Servicio de Cooperación Técnica u otro organismo afín, estudios técnicos y superiores, sean estos de pregrado o postgrado.

[59] Artículo 21.- Política Nacional de Envejecimiento. Existirá una Política Nacional de Envejecimiento que tendrá como principal propósito promover un envejecimiento digno, activo y saludable para toda la población y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores consagrados en esta ley y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta política deberá contener, al menos, las acciones que contribuyan al envejecimiento digno, activo y saludable en el ámbito de la salud, laboral, educativo, de participación ciudadana, de acceso y desplazamiento personal en el entorno físico, de acceso a las tecnologías de la información y de acceso a las manifestaciones culturales, al deporte y a la actividad física. Todo ello, considerando los principios generales de la presente ley, establecidos en el artículo 3.

La Política será propuesta al Presidente de la República por el Comité Interministerial de Desarrollo Social y Familia, y se aprobará por decreto supremo expedido por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. La elaboración de la propuesta de la política será realizada por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y contemplará instancias de participación ciudadana incidente, a través de encuentros y diálogos con la sociedad civil, incluyendo la participación de los Consejos Asesores Regionales de Personas Mayores. Los gobiernos regionales y las municipalidades podrán definir instancias de participación para presentar propuestas durante este proceso de elaboración.

El Servicio Nacional del Adulto Mayor deberá realizar una evaluación periódica e integral del cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en la Política Nacional de Envejecimiento. Esta evaluación deberá revisarse, al menos, cada cinco años. La duración de la política no podrá exceder los diez años, debiendo dictarse nuevamente al término de dicho período en la forma señalada en este artículo.

[60] Artículo 22.- Líneas de acción. El Estado, a través de sus ministerios competentes y, especialmente, del Servicio Nacional del Adulto Mayor, directamente o en coordinación con otros órganos del Estado, deberá propender a la realización de las líneas de acción contempladas en el presente artículo. Para efectos de esta ley, se entienden como líneas de acción las distintas modalidades de atención que el Estado realiza respecto de las personas mayores que contribuyen a mejorar su calidad de vida, y al ejercicio efectivo y pleno de sus derechos y libertades: a) Programas de apoyo y cuidado para personas mayores con dependencia que cuenten o no con cuidadores. b) Programas para promover y fortalecer la asociatividad, participación, autonomía e independencia de las personas mayores. c) Elaboración de estándares de calidad de infraestructura pública específica para personas mayores, asistencia técnica y supervisión de dispositivos de atención para personas mayores, según corresponda. d) Financiamiento de iniciativas de apoyo directo para mejorar las condiciones de vida de las personas mayores dependientes y vulnerables que residen en establecimientos de larga estadía para adultos mayores. e) Programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas mayores. f) Programas de promoción de medidas para el acceso de las personas mayores, en igualdad de condiciones con las demás personas, al entorno físico incluida la vivienda, los espacios y edificios públicos, y el transporte público urbano y rural, a través de la accesibilidad universal y la eliminación de barreras arquitectónicas; así como el acceso a la participación cívica y social para su inclusión social, el empleo, la comunicación e información, y a los servicios de salud, apoyo

su participación en el empleo. Todo sujeto, ciertamente, a la oferta pública existente y los recursos disponibles.

Expuestas las normas indirectas, cabe revisar su influencia en el alcance efectivo de las directas, que no son sino las contenidas en artículo 29 de este Proyecto de ley, el cual incorpora el Capítulo XI en el título II del Libro I del Código del Trabajo, "Del contrato del trabajador persona mayor".

En primer lugar, cabe referirse al enfoque del curso de vida, contemplado como principio en la letra j) del artículo 3 de la norma en ciernes. Este enfoque implica "analizar cómo los eventos históricos y los cambios económicos, demográficos, sociales y culturales moldean o configuran tanto las vidas individuales como los agregados poblacionales denominados cohortes o generaciones"[61]. Llama poderosamente la atención que estas normas indirectas, que en el fondo son una guía para las políticas gestables en nombre del objeto de la ley, consideren el enfoque del curso de vida como principio rector. Ello, pues el voluntario contrato de trabajo del adulto mayor buscado incorporar por la ley[62] *no devela ninguna consideración a este principio dentro de su regulación* (artículos 152 quinquies J al 152 quinquies N del Código del Trabajo), siendo lo esperable la existencia de alguna norma referente al despido y/o la capacitación post-contractual en orden a su pronto reintegro. Tales normas hubieran sido el reflejo obvio de este enfoque bajo el concepto central de *transición*, característico de esta perspectiva[63]. Al Derecho del Trabajo chileno no le interesa la transición, es decir, no le resultan relevantes las irritaciones de la trayectoria[64], otro concepto basal del enfoque comentado ausente en la regulación específica del contrato. Asumir la vida laboral de alguien que trabaja -y que normativamente se le entiende como alguien valorable- debe comprender que las vicisitudes del trabajador de edad que justifican el enfoque diferencial en pro de la materialización de la igualdad. Y que, por lo mismo, posibilitan regular en nombre la igualdad, *v. gr.*, la imposibilidad de despedir a una persona mayor sin que se le haya capacitado o sin que se le haya ofrecido un puesto diverso dentro de la misma organización. O que exista respecto de aquel un programa de seguimiento con beneficios tributarios para el empleador. Se mantiene simplemente, una estabilidad relativa aplicable a todos los trabajadores independiente de su edad, sin rasgo tutelar adicional en beneficio de la estabilidad y continuidad de la persona mayor[65].

comunitario, entre otros. g) Programas que tengan por objeto contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas mayores, respetando su autonomía y sus derechos.
Lo señalado en este artículo deberá realizarse considerando la oferta pública existente y los recursos disponibles.

61 Blanco, M.: El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo, en Revista Latinoamericana de Población, Vol. 5, No. 8, 2011, p. 6.

62 El artículo 152 quinquies J del Proyecto, prescribe en su inciso 1º: "Se podrá regir por las normas de este capítulo el contrato individual que el trabajador persona mayor celebre con el empleador".

63 "El concepto de transición hace referencia a cambios de estado, posición o situación, no necesariamente predeterminados o absolutamente previsibles, aunque algunos de estos tienen mayores o menores probabilidades de ocurrir por el cambio en la edad y las condiciones culturales o sociales de cada individuo. Las transiciones representan un cambio del rol y el estatus que se tenía con anterioridad, para iniciar otro con nuevos derechos y obligaciones; a veces puede implicar nuevas facetas de identidad social. Durante la vida, se experimentan una gran cantidad de transiciones. Por ejemplo, el inicio de un nuevo grado académico, el primer empleo, el inicio de la primera unión, o el nacimiento del primer hijo", Cenobio-Narcizo, F., Guadarrama-Orozco, J., Medrano-Loera, G., Mendoza-de la Vega, K., y González-Morales, D.: Una introducción al enfoque del curso de vida y su uso en la investigación pediátrica: principales conceptos y principios metodológicos, en Boletín Médico del Hospital infantil de México, Vol. 76, No 5, p. 204.

64 "La trayectoria hace referencia a un camino de larga duración en el tiempo, que no necesariamente es permanente y estable, pero que se espera que tenga cierta continuidad. Para el enfoque del curso de vida, la trayectoria no supone alguna secuencia en particular ni determinada velocidad en el proceso del propio tránsito, aunque sí existen mayores o menores probabilidades en el desarrollo de ciertas trayectorias vitales. La trayectoria puede verse como un proceso: de la infancia a la vejez", Ibíd.

65 No puede considerarse como un coto o límite a la discutible estabilidad relativa, la inclusión en el artículo 159 del Código del Trabajo de un numeral 7º, el cual señala en el Proyecto: 7.- Cuando estando vigente un contrato

Continuando con los enfoques -diferencial y del curso de vida-, nada suma el que bajo el futuro artículo 152 quinquies K[66] se prescriba que las funciones pactadas deben ser compatibles al alero de la condición física y las capacidades del trabajador. Existe suficiente jurisprudencia, tanto administrativa[67] como judicial[68], que plasma en tanto manifestación del artículo 184 del Código del Trabajo, el alto deber de cuidado que debe tener el empleador en vistas a resguardar eficazmente la vida y salud del trabajador, sin distinción alguna referente a la edad de aquel. Dicho de modo diverso, este artículo deviene en funcionalmente irrelevante, pues igualmente el empleador en orden a la tutela eficaz del trabajador de edad deberá, indefectiblemente, considerar sus particularidades.

En lo tocante al derecho a la educación, llama la atención que no exista en la normativa contractual deber alguno reforzado de parte del empleador de tener que capacitar al trabajador mientras esté vigente la relación de trabajo. Tampoco hay lineamientos de beneficios tributarios dirigidos hacia la estabilidad, a impedir el término de la relación mediante, por ejemplo, la recolocación o la capacitación. Notar en esta traza que el Proyecto enfoca este derecho meramente desde la *inclusión*, desde un escenario particular dentro del íter contractual. El mero reconocimiento a la trayectoria y valorización de los conocimientos

indefinido por más de dos años y sea aceptada la solicitud de Jubilación del Trabajador que no desee continuar prestando servicios a su empleador, reciba su correspondiente certificado de saldo.
En los casos aplicables a esta causal de término de contrato, el trabajador, tendrá derecho a ser indemnizado en los términos del inciso segundo del artículo 163, con un límite máximo de ciento veinte días de remuneración. La indemnización a la que tendrá derecho el trabajador, no será incompatible con ninguna otra a la que el trabajador pudiera tener derecho.

66 Tal artículo establece: Compatibilidad de las funciones con la salud del trabajador persona mayor. Las funciones del trabajador persona mayor pactadas en el contrato de trabajo deberán ser compatibles con su condición física y sus capacidades, considerando los requerimientos de dichas funciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184.

67 De conformidad a lo interpretado por la Dirección del Trabajo, Ord. No 1301 de octubre de 2023, el artículo 184 del Código del Trabajo determina que el empleador es el primer responsable de la "prevención"[i], conforme ha señalado esta Dirección en su reiterada jurisprudencia, contenida en los Dictámenes N°4.443/262, de 25.08.1993 y N°2284/93, de 17.04.1996, al indicar que es indudable que la prestación del servicio a que el trabajador se obliga debe efectuarse en condiciones que salvaguarden su integridad y salud.
Asimismo, el Dictamen N°5469/292, de 12.09.1997, estableció que "La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador".
En el mismo sentido, el Dictamen N°4334/69, de 05.11.2014, ha señalado que "(…) no es necesario, para que haya incumplimiento (del deber de protección), que exista daño a la salud. Lo importante es haber situado al trabajador en una situación de riesgo que podría haberse evitado, aumentando de manera innecesaria las posibilidades de que ocurra un acontecimiento lesivo para su persona", esto es, previniendo todo riesgo que pueda poner en peligro la vida y salud del trabajador, garantizándose la máxima protección".
A mayor abundamiento, la doctrina contenida en el Dictamen N°4870/281, de 21.09.1999, ha determinado que "El empleador, pues, es un deudor de seguridad frente a sus trabajadores y, en el cumplimiento de tal deber, responderá de la culpa levísima, es decir, "de la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes".

68 La Excma. Corte Suprema ha resuelto en el marco de un Recurso de Unificación de Jurisprudencia (Rol No 4994-2019), la recta interpretación que debe darse al artículo 184 del Código del Trabajo: Sexto: Que tal como fuera señalado en la sentencia dictada por esta Corte en los autos N° 32.070-2014, el artículo 184 del Código del Trabajo consagra una norma central en la estructuración de las relaciones laborales, puesto que obliga a los empleadores a "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales".
Dicha norma impone un alto estándar de cuidado para el empleador, ya que le obliga a proteger "eficazmente" la vida y la salud de los trabajadores, lo que significa tomar medidas que tengan la capacidad de lograr el efecto buscado o esperado. (…)

El resto de la normativa contractual no analizada ni vinculada con las indirectas (152 quinquies L[69], M[70] y N[71]) es la manifestación positiva del Derecho al Trabajo al modo insinuado por los márgenes tutelares de este Proyecto de ley: mera flexibilidad insuficiente para alcanzar dignidad e igualdad de oportunidades, aun cuando sobre la mesa estructural se encuentren enfoques como los aludidos líneas atrás. Se traslada a la relación contractual, a las partes, las posibilidades de dotarse a sí mismas un mejor escenario laboral, reivindicando la autonomía de la voluntad. Sin embargo, darle flexibilidad al trabajador para adoptar ya sea una banda horaria dentro de una jornada ordinaria de trabajo, ya sea una jornada de libre elección horaria, en nada suma ni nada altera el escenario actual, y mucho menos dota de mayor concreción al Derecho al Trabajo en tanto garantía fundamental. Es más, las alternativas dadas por el Proyecto, así como las prohibiciones a las modificaciones unilaterales son perfectamente alcanzables con la normativa actualmente vigente. La letra N del 152 quinquies planeada por el Proyecto, es mera consensualidad. Nada nuevo, en verdad, agrega el Proyecto.

Pero, por lo demás, conceptualmente el Derecho al Trabajo asomado en este Proyecto queda absolutamente trunco a la luz de su riqueza dogmática y las problemáticas específicas de los trabajadores. Siguiendo a Claudia Rodrigo, "la dimensión política y la dimensión jurídica del derecho al trabajo son dos maneras de proteger el empleo, principalmente, mediante la estabilidad o mediante la libre elección de trabajo, que se expresa en instituciones sociales que promuevan el acceso al empleo. Por lo tanto, en un análisis en circunstancias no ideales -en que la realización de los derechos fundamentales no es plena-, si es que falta una, debiese existir la otra. Dicho de otro modo, o existe

[69] Artículo 152 quinquies L.- Duración y distribución de la jornada de trabajo. Bajo esta modalidad de contratación, la jornada de trabajo estará sujeta al límite semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 y al límite diario establecido en el inciso segundo del artículo 28, ambos de este Código.
Las partes podrán distribuir la jornada ordinaria señalada en el inciso anterior, de acuerdo a una de las siguientes alternativas:
a) Jornada con bandas horarias. El contrato podrá contener una o más bandas horarias, con horarios diferidos de entrada y de salida.
Si las partes acordaren diferentes bandas horarias, el trabajador persona mayor tendrá la facultad de optar, unilateralmente, por cualquiera de aquéllas, indicándose en el contrato la anticipación del aviso del cambio de banda y la cantidad de veces en el mes que el trabajador persona mayor podrá hacer uso de esta facultad. En caso que nada se señale en el contrato, se entenderá que el trabajador persona mayor no requerirá de anticipación del aviso, ni tendrá limitación en la cantidad de veces al mes que podrá hacer uso de esta facultad.
b) Jornada de libre elección horaria. La jornada convenida por las partes se podrá distribuir como libremente escoja el trabajador persona mayor, pero considerando que el cumplimiento de sus obligaciones deberá realizarse dentro del horario de funcionamiento de la empresa o establecimiento, o dentro del rango horario que libremente elijan las partes, y conforme a la naturaleza de sus funciones.
La elección de la alternativa de distribución de jornada, ya sea con bandas horarias o de libre elección, deberá constar por escrito y estará vigente mientras no se pacte una nueva opción. Esta elección podrá fundarse, entre otras, en la naturaleza de las funciones, la condición física o de salud del trabajador persona mayor, su situación familiar, la distancia de su domicilio, o bien, diferentes jornadas en invierno o verano.
Por su parte, cuando la naturaleza de las funciones a desarrollar o la condición física del trabajador persona mayor lo aconsejen, éste podrá regirse por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, lo que deberá consignarse en el contrato de trabajo.
En cualquier caso, la prestación de servicios deberá considerar las reglas generales de descansos diario y semanal establecidas en este Código.
La duración y distribución de la jornada de trabajo, la oferta original del contrato y la remuneración pactada en él, no podrá ser alterar ni modificada unilateralmente, salvo acuerdo expreso de las partes, y siempre velando por el interés de la persona mayor en su calidad de trabajador.

[70] Artículo 152 quinquies M.- Feriado Anual. El trabajador persona mayor podrá hacer uso anticipado de su feriado anual y de forma proporcional a los días devengados, a partir del séptimo mes contado desde el inicio de la prestación de servicios. En estos casos, no se aplicará la regla del fraccionamiento establecida en el inciso primero del artículo 70 de este Código.

[71] Articulo 152 quinquies N.- Contratación previa a tener la calidad de trabajador persona mayor. Los trabajadores que adquieran la calidad de trabajador persona mayor durante la vigencia del contrato de trabajo, continuarán rigiéndose por los términos y condiciones del contrato de trabajo que se encontrare vigente con anterioridad a adquirir la mencionada calidad, salvo que las partes acuerden acogerse a las normas de este capítulo.

garantía de mantención del puesto de trabajo mientras no medie justa causa, o existe libre elección de trabajo que se traduce en políticas de promoción de empleo, de formación y de reconversión laboral que posibilite el acceso libre a otro trabajo en supuestos de pérdida de trabajo. Si falta estabilidad y falta libre elección de trabajo, se disminuye de manera considerable el ámbito de protección del derecho al trabajo"[72]. Así, si bien resulta correcto señalar que el Proyecto procura asentar mejores pilares en beneficio del trabajador de edad, la verdad sea dicha ninguna de las 2 queda manifiesta con claridad supina, afectando las posibilidades finales de adaptación recíproca tanto del empleador como del trabajador anciano. Se dota institucionalmente de mejores herramientas a la empresa en pro de una intervención gerontológica en la vida laboral del trabajador[73] y la inserción del mismo en el mercado, empero, deja el mismo flanco abierto que se buscaba cubrir: la falta de garantías estructurales en la institución del despido, no modificando la causal de necesidades de la empresa -verdadera causal que destraba al libre despido- dejando a la persona mayor trabajadora expuesta a la pérdida de su trabajo. Al mismo tiempo, tampoco hay un llamamiento expreso y prescrito dentro de los márgenes del nuevo contrato del adulto mayor del deber de capacitar, y tampoco hay mejores alicientes que los actuales en beneficio de las empresas.

4. CONCLUSIONES

Recuérdese la pregunta con la que se inauguraba esta investigación: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos suficientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la estabilidad laboral, la Libertad y el Derecho al Trabajo de la población en edad de trabajar calificable como adulto mayor y su proyección demográfica, pensando en la adecuación de este trabajador y la sustentabilidad del régimen de pensiones? La respuesta con la que cabe cerrar esta investigación es, a todas luces, negativa, siendo la intuición que cruza el primer punto, a modo de hipótesis, correcta. Es posible sustentar esta respuesta en los siguientes puntos:

1.- Los trabajos de campo que se comparten demuestran claramente que, aun cuando uno de los principales motivos por los cuales para continuar trabajando son de tipo económico, no es menor advertir que altos porcentajes de trabajadores desean hacerlo, independiente de esta clase de consideraciones. Esto es, en paralelo, consistente con las edades efectivas de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), y con el grupo etario de edad que más concentra trabajadores activos. Se rompe un primer paradigma: el trabajador mayor si quiere trabajar después de los guarismos legales denotativos de la edad para jubilar.

2.- El trabajador de edad chileno da cuenta en su derrotero de las falencias de un mercado de trabajo que imposibilita mejores pensiones desde hace varios lustros, reflejando una conjunción entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social incapaz de acometer la realidad. En pro de corroborar o rebatir esta idea, se analizaron 4 instituciones jurídico-laborales elementales que pudieran dotar de información, a saber: capacitación, estabilidad, pensiones y reforma.

3.- Como prólogo a dicha revisión, se plantearon los estándares de la Organización Internacional del Trabajo contenidos en sus Recomendaciones y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013. A grandes rasgos, la OIT centra sus sugerencias en dar respuesta a las necesidades específicas a los trabajadores de edad,

[72] Rodrigo Silva, C.: El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: una mirada desde la precariedad laboral, Tesis doctoral para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, y Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca, disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/148415/PDAHJES_RodrigoSilvaC_Derechoaltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 222.

[73] Vid. nota 58, artículo 12 inciso 3º del Proyecto.

determinando recién como factor de discriminación la edad en el año 1962. Ya la Recomendación No 162 de 1980 apela a tener en cuenta a las necesidades específicas de los trabajadores de edad en empresas con complejidades económicas, buscando su readaptación en otra empresa, protección adecuada a ingresos, compensación financiera adecuada, entre otras ayudas. Otras Recomendaciones sugieren la protección de sectores proclives a la economía informal, tales como los trabajadores en análisis. También se promueve la seguridad básica del ingreso, al menos el mínimo nacional, como piso de protección social para el trabajador de edad desempleado.

4.- Entrando al análisis de las instituciones revisadas, en lo que respecta a la capacitación, su efectividad reposa sobre reduccionismos severos y meras percepciones, tanto de parte del trabajador como del empleador. Respecto del primero, no obstante un perfil que revela un ingreso temprano al mercado, con escasa preparación formal y con alta estabilidad, se extrae que sus conocimientos le permiten desempeñarse satisfactoriamente en sus labores, no siendo necesario capacitarse. Sin embargo, quienes desean seguir trabajando y capacitarse -especialmente en lo tecnológico- son aquellos que tienen mayor educación formal (medio, superior, postgrado). En lo que refiere al empleador, los estudios revisados dan cuenta de reduccionismos, por ejemplo, en torno a la no necesidad de capacitar y a los porcentajes bajos de adultos mayores que laboran. Los bajos porcentajes de capacitación expost los 60 años de edad, concausales de las percepciones referidas, dan cuenta de bajo valor dado por el mercado del trabajo a la capacitación, en términos generales, con baja adhesión normativa al contenido del artículo 169 del Código del Trabajo. Malamente un trabajador no actualizado podrá adaptarse a los fenómenos de la trayectoria y transiciones ad-hoc dables en lo laboral y su mercado (cesantía, ciclos de trabajo por temporada, regreso al trabajo tras embarazos y postnatales, etc.).

5.- La estabilidad laboral, tildada de relativa en Chile, es cuestión mítica. Lo cierto es que la causal de necesidades de la empresa tiene la posibilidad de transformar en letra muerta el contenido de garantías fundamentales como la no discriminación por razones de edad, la Libertad y el Derecho al Trabajo. Su bajo costo enmascara un libre despido e, incluso, consideraciones de falta de adaptabilidad de un trabajador a cambios tecnológicos aunque la posibilidad haya sido proscrita hace más de 20 años. Tal posibilidad se ve alimentada por la ausencia de toda deferencia y elegibilidad social y demográfica. No hay deber de parte de las empresas de desarrollar planes de despido, ni de dialogar con los sindicatos o entidades públicas que le determinen a planificar terminaciones de contratos laborales teniendo presente las variables aludidas respecto del adulto mayor. El problema final de esto es que las garantías fundamentales del trabajador de edad indicadas al inicio del punto ven comprometida su aplicabilidad pues, además de posibilitarse un despido en las condiciones descritas, su cesantía no abraza capacitaciones, planes de recolocación, ni nada que le asegure -dentro de márgenes razonables- un pronto reintegro al trabajo en condiciones adaptadas a las necesidades del mercado.

6.- La sustentabilidad de las pensiones puede verse mejorada en la medida que se retrase la edad de jubilación e incremente el número de trabajadores contribuyentes del sistema de seguridad social, lo cual conlleva, al mismo tiempo, una morigeración de los factores que determinan precariedad desde el prisma del trabajador de edad. Se propone una línea gerontológica de análisis e intervención dentro del área de producción en la que el trabajador se desempeña al posibilitar revisiones más focalizadas, bajo una gramática de derechos, abandonando la caridad y el asistencialismo tradicional. Fuera de las acciones públicas y privadas, se propone estimular la acción sindical.

7.- Existiendo antecedentes suficientes sobre las precariedades laborales y de seguridad social de los trabajadores de edad, llama la atención que la reforma en ciernes, bajo el epítome de lo integral y el envejecimiento activo, sea tan feble en torno a la propuesta de medidas concretas en lo laboral específico. Si bien se reconocen algunas sugerencias provenientes de las Recomendaciones de la OIT en relación con el actuar de los agentes públicos y la orientación de sus políticas, esencialmente, lo cierto es que ninguno de los enfoques -diferencial y de curso de la vida- impone desde lo contractual obligación alguna para el empleador, ni reconoce las particularidades de los trabajadores. Se acendra una tutela desde la revitalización de la autonomía de la voluntad, posibilitando que el trabajador elija un sistema de franja o libre determinación de la jornada; perspectiva naturalmente civilista que no es capaz de reconocer, siquiera, la disparidad de poderes en la relación de trabajo. Finalmente, no resulta baladí constatar el enfoque tendiente al mero ingreso del adulto mayor al mercado laboral, no existiendo lineamientos dirigidos a la terminación y capacitación con relación vigente y/o terminada, latamente explayados con anterioridad, sin buscar la adaptabilidad del trabajador a los nuevos requerimientos. No existe efectiva Libertad ni Derecho al Trabajo. No hay giros de tuerca suficientes en el Proyecto, siquiera esbozados, que permitan avizorar un mercado laboral sin las tradicionales precariedades estructurales del adulto mayor, entre ellas, la insuficiencia en la cuantía de las pensiones.

En resumidas cuentas, una vez más el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chileno pierden una gran oportunidad de reajustar su estructura, enrielándose hacia la coherencia tutelar en beneficio de un mercado laboral robustecido. Los trabajadores de edad denotan en su ruta laboral, parafraseando al enfoque de curso de la vida, la trayectoria y transiciones de estas ramas jurídicas. El punto es que siempre el Derecho tiene nuevas y briosas oportunidades, reconociendo que tras el error, existe siempre la posibilidad de enmendar y reformar, a diferencia de lo que ocurre con quién dicen resguardar.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Comares, 2000.

Blanco, M.: El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo, en Revista Latinoamericana de Población, Vol. 5, No. 8, 2011.

Cabezón, M.E y Larraín, C.: Pensiones en Chile. ¿Cómo han evolucionado en el tiempo?, en Serie Informe Económico, No 197, 2021.

Centro de Políticas Públicas UC. Adultos mayores: un activo para Chile. Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/06/Adultos-Mayores-un-activo-para-Chile.pdf.

CEPAL, "La inserción laboral de las personas mayores en América Latina", disponible en https://www.cepal.org/es/enfoques/la-insercion-laboral-personas-mayores-america-latina.

Cifuentes Lillo, H.: Los adultos mayores y las pensiones por vejez en Chile, en https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13537/13874.

Cenobio-Narcizo, F., Guadarrama-Orozco, J., Medrano-Loera, G., Mendoza-de la Vega K., y González-Morales, D.: Una introducción al enfoque del curso de vida y su uso en la investigación pediátrica: principales conceptos y principios metodológicos, en Boletín Médico del Hospital infantil de México, Vol. 76, No 5.

Coloma Correa, R. y Agüero San Juan, C.: "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", Revista Chilena de Derecho, vol. 41 No 2.

Domínguez Montoya, Á., "La fragilidad causal del despido en Chile: disponible en: análisis, críticas y propuestas", disponible en: http://www.centrass.utalca.cl/docs/documentos/Primer%20Panel.Ponencia%20General.pdf.

Ferrada Bórquez, L.M. y Ferrada Bórquez, M.: Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo", en Revista Papeles de Población, No 95, 2018.

Gorelli Hernández, J.: "El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo", en: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 53.

Gray-Gariazzo, N., Sisto-Campos, V., Basualto-Cárcamo, C., y Rivera-Tovar, M.A.: Extension of working life and implications for occupational health in Chile. Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, 2019.

Hernández Martín, D. "El ámbito objetivo de la Seguridad Social", VV.AA. Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid, Artes Gráficas Helénica, 1964.

Huenchuan Navarro, S.: Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina, en Serie Población y Desarrollo, No 51, 2004.

Humeres Noguer, H.: "2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (casación en el fondo)", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1).*

Instituto Nacional de Estadísticas (Chile), "Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 1992-2050. Total país", disponible en: https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-de-población-1992-2050_base-2017_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=c623983e_6.

Irureta Uriarte, P.: Constitución y Orden Público Laboral. Santiago, Facultad de Derecho-Universidad Alberto Hurtado, 2006.

Lathrop Gómez, F.: Protección jurídica de los adultos mayores en Chile, en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No 1, 2009.

Llanos Reyes, C., Pinto Sarmiento, Y., González Pizarro, J.: La flexibilización laboral desde las décadas de 1970 y 1980. Una historia más allá de los límites de lo nacional, en Revista de Historia de la Universidad de Concepción, No 30, 2023.

Observatorio del Envejecimiento (Pontificia Universidad Católica de Chile), "¿Está Chile preparado para envejecer?", disponible en: https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Reporte-¿Está-Chile-prepardo-para-envejecer__v7.pdf.

Organización Internacional del Trabajo: Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico. 1a ed. Ginebra: Oficina internacional del trabajo, 2013.

Piña-Morán, M., Olivo-Viana, M.G., Martínez-Maldonado, Luz, M., Mendoza-Núñez, V.: Intervención situacional gerontológica: estrategia para potenciar los roles sociales de los mayores, en Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, vol. 56, No 1, 2018.

Pizarro Contreras, S.: "La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana", en: AA.VV. *Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*. Ediciones On Demand, Santiago: 2017.

Pontificia Universidad Católica de Chile: Trabajo y Personas Mayores a tres años de la pandemia, en Observatorio para el Envejecimiento, año 4, vol. 23, 2023.

Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. *Trabajo y personas mayores en Chile. Lineamientos para una política de inclusión en Chile*, disponible en: https://sociologia.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/trabajo-y-psms-en-chile-web.pdf.

Rodrigo Silva, C.: El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: una mirada desde la precariedad laboral, Tesis doctoral para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, y Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca, disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/148415/PDAHJES_RodrigoSilvaC_Derechoaltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Thayer Arteaga, W.: *Dimensión Histórica del Código del Trabajo.* Ediciones de la Universidad del Desarrollo, Santiago: 2008.

Ugarte Cataldo, J.L: *Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004.

Yáñez Monje, P.: Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato: ¿conversión a un sistema de libre despido?, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, Vol. 1, No 1, 2010.