



EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN CHILE. UN PARTICULAR ÉNFASIS EN LAS MODIFICACIONES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS*

Yenny Pinto Sarmiento**

Universidad Católica del Norte, Chile

SUMARIO: 1. Introducción. —2. La razón del principio de continuidad: su origen y el modelo contractual clásico. 2.1. Una incipiente protección a la luz de principios civilistas. 2.2. La Revolución Industrial, el intervencionismo estatal y el nacimiento del Derecho del Trabajo. —3. Las distintas dimensiones del principio de continuidad. —4. La preferencia por los contratos de duración indefinida. —5. Dinamismo contractual. 5.1. Los supuestos de modificación objetiva, ¿un caso de novación? 5.1.1. Breve referencia a la regulación del Derecho común. 5.1.2. Modificación objetiva en el contrato de trabajo en Chile. a) La modificación bilateral: acto novatorio y otras modificaciones. b) La modificación unilateral: el *ius variandi*. 5.2. Modificaciones subjetivas a la luz del principio de continuidad. 5.2.1. Breve referencia a la novación subjetiva en el Derecho común. 5.2.2. Las modificaciones subjetivas en el ámbito laboral. —6. La informalidad laboral: la disolución del principio de continuidad.

RESUMEN

El presente artículo examina el principio de continuidad laboral, analizando, en primer lugar, el fundamento histórico de su origen, para detenerse posteriormente en dos de sus manifestaciones más importantes, a saber, la permanencia del contrato de trabajo, a través de la preferencia de contratos de duración indefinida y las modificaciones, tanto objetivas, como subjetivas que a la luz del principio se han analizado en el Derecho chileno. La parte final del artículo trata, finalmente, la manifestación de la informalidad laboral como fenómeno moderno que, entre otros, pone en peligro el principio de continuidad laboral.

* Recibido el 6 de mayo de 2019. Aprobado el 14 de mayo de 2019.

** Profesora Doctora de Derecho del Trabajo.

ABSTRACT

This article examines the principle of labour continuity, analyzing, first of all, the historical basis of its origin, to later stop at two of its most important manifestations, namely, the permanence of the work contract, through the preference of contracts of indefinite duration and the modifications, both objective and subjective, which in the light of the principle have been analyzed in Chilean law. The final part of the article deals, finally, with the manifestation of labour informality as a modern phenomenon that, among others, endangers the principle of labour continuity.

Palabras clave: *Principio de continuidad. Novación. Protección del trabajador.*

Key words: *Continuity principle. Novation. Worker protection.*

1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho del Trabajo articulan dogmáticamente el Derecho laboral y, en cierta medida, le otorgan una autonomía, en el sentido que el Derecho del Trabajo logra una fisonomía propia a través de ellos¹. Los principios, así proyectados, deben ser ciertos criterios orientadores del quehacer de los operadores y, en particular, en la interpretación de las reglas del Derecho del Trabajo y, en definitiva, de orientación de las reglas. Diseñado así, como un problema de teoría del derecho, alcanza el Derecho del trabajo en la medida que este emerge, más que en otros casos del ordenamiento jurídico, como un Derecho vivo. Así, se encuentran intrínsecamente asociados al Derecho del Trabajo sus principios, y, en particular, el principio de continuidad, a su vez, estrechamente asociado al contrato de trabajo, como expresión de una relación independiente de la civil. Por ello Gamonal señala que ha de entenderse como principios de Derecho del trabajo, aquellos que informan la disciplina y, por consiguiente, la delimitan².

Por ello, conviene detenerse, aunque sea brevemente en la manera en que el Derecho del Trabajo emerge y consagra el principio de continuidad, para, desde ahí, comprender sus distintos aspectos en nuestro sistema y terminar el análisis de este trabajo con algunas condiciones modernas del contrato de trabajo, que pueden poner en cuestión el principio.

2. LA RAZÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD: SU ORÍGEN Y EL MODELO CONTRACTUAL CLÁSICO**2.1. Una incipiente protección a la luz de principios civilistas**

Hasta mediados del siglo XIX, tanto en España como en el resto de los países, no se consideraba la existencia de problemas relacionados con el Derecho del Trabajo. Esta actitud, que respondía a una filosofía de la sociedad bastante concreta, que se traducía en la consideración de que no era necesaria una reglamentación exhaustiva en relación a las relaciones laborales, ya que como señala Montoya Melgar, la legislación laboral nacerá precisamente como una respuesta a los problemas socioeconómicos que surgieron producto de la Revolución industrial, especialmente de una compleja situación que se produce por las acciones y reacciones entre los poderes públicos, las elites, y entre los trabajadores, sus patronos y sus organizaciones³.

¹ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 4ª edición, Montevideo, 2015.

² GAMONAL CONTRERAS, S., *Fundamentos de Derecho Laboral*, AbeledoPerrot, 3ª edición, Santiago, 2011.

³ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 26ª edición, Madrid, 2005, p. 51. BAYÓN CHACÓN señala que una sociedad piensa poco en la Seguridad Social como régimen estatal planificado, cuando la situación política social se considera estable y cuando el sistema liberal no se siente amenazado por las llamadas a la conciencia por la doctrina social (BAYÓN CHACÓN, G., "Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social", en AA.VV. *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Artes Gráficas Helénicas, Madrid, 1964, p. 94).

Lo que imperaba en dicha época era el trabajo manual, y a esto se debe sumar como señala Montoya Melgar: «...que en esta larga etapa histórica el trabajo es considerado como actividad vil, o al menos, desprovista de nobleza...», añadiendo que: «el tipo de trabajo generalizado hasta la revolución industrial es el trabajo no libre, el trabajo de esclavos y siervos, cuya ínfima condición social es congruente con la escasa valoración que se da a su esfuerzo»⁴.

Sin embargo, se pueden encontrar vestigios ya en época romana de protección de la dignidad del trabajo, puesto que, especialmente en la época de Marco Aurelio y los Severos, se estableció una política de igualdad, la que trajo como consecuencia la decadencia de la esclavitud, a lo que se debe sumar las ideologías imperantes de la época, como son el ideal humanitario del cristianismo y el auge de la filosofía estoica, que influyeron en una protección, aunque incipiente, del trabajo. Ello sentará las bases para el establecimiento de las organizaciones gremiales y corporativas, las que de acuerdo a lo señalado por Hernáinz Márquez: «presentaban soluciones de asistencia y protección para las víctimas de los accidentes que ocurriesen, que en armonía con el espíritu imperante en aquellos tiempos, y basándose en la relación especial y un tanto semejante a una gran familia que unía a los adscritos a una profesión u oficio, llevaban aparejada la consecuencia de no abandonar a sus propios medios de toda índole al accidentado»⁵. Con todo, las corporaciones y gremios aparecerán por toda Europa aproximadamente hacia el año 1000. Particularmente en España, este fenómeno surge con la formación de cofradías, que eran las reuniones de artesanos cuyos fines eran principalmente religiosos; con posterioridad aparece el gremio, donde además de los fines religiosos, compartían fines económicos y profesionales.

Como una manera de complementar la protección que otorgaban los gremios, se desarrolló la figura de las instituciones de beneficencia y asistencia social. Siguiendo a Castro, con la gran caída del sistema económico a fines del siglo XVIII, la guerra de la independencia, las enfermedades, como la fiebre amarilla, cólera, etc., y el aumento considerable de población, se produjeron negativos resultados, como la hambruna y el aumento de mendigos. Para cubrir estas contingencias, aparecieron algunas cofradías religiosas, como la Hermandad del Refugio, la que se encargaba de recoger enfermos indigentes para asilarlos en algún establecimiento de caridad⁶. Indica Krause que, a mediados del siglo XVIII, se dictaron una serie de normas en relación a la organización y funcionamiento de dichas instituciones, como la Ley de Beneficencia de 1849 y el Reglamento General para su ejecución de 1852⁷. En 1873 se crean Juntas Provinciales y Municipales de Beneficencia particulares, estableciendo una regulación parecida a la de los establecimientos de beneficencia públicos⁸. Finalmente, finalizando el siglo, durante el año 1899 se dicta un Real Decreto que completa la definición de beneficencia, sumando a los establecimientos tradicionales las escuelas, colegios, cajas de ahorro, etc.⁹.

⁴ MONTROYA MELGAR, A., ob. cit., p. 51.

⁵ HERNÁINZ MÁRQUEZ, M., *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Imprenta Samarán, Madrid, 1945, pp. 25-27.

⁶ CASTRO ALFÍN, D., "Las necesidades sociales y su cobertura" en VV.AA. *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y Previsión*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Madrid, 1990, pp. 70-71.

⁷ En cuanto a la ley, fue publicada en la Gaceta de Madrid de 24 de junio de 1849, núm. 5398.

⁸ En efecto, el 1 de octubre de 1873, en la Gaceta de Madrid, de 4 de octubre de 1873, núm. 277, se publica el Decreto que dictó disposiciones relativas al ejercicio del protectorado de beneficencia particular, suprimiendo los Inspectores particulares creados por Decreto de 22 de enero de 1872 y creando Juntas Provinciales y Municipales.

⁹ KRAUSE, M., "La legislación sobre beneficencia y su práctica en el cambio de siglo", en VV.AA. *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y Previsión*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Madrid, 1990, pp. 194-195. Sobre las formas de protección y cobertura privada, como estadio de evolución del seguro social, véase ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 17ª edición, Madrid, 2000, pp. 26-27.

2.2. La Revolución Industrial, el intervencionismo estatal y el nacimiento del Derecho del Trabajo

Con la Revolución Industrial todo este panorama va cambiando, ya que como indica Montoya Melgar, el trabajo voluntario, dependiente y por cuenta ajena, a pesar de existir con anterioridad a este período, alcanzará durante el mismo su mayor desarrollo, debido a que con este fenómeno se originan los contratos en masa, lo que trae como consecuencia el nacimiento del Derecho del Trabajo, como una respuesta a diversos aspectos, siendo muy relevante el aumento considerable de accidentes laborales¹⁰. Como señala Hernáinz, el considerable aumento de percances en el trabajo, la concentración de operarios, el uso de nuevas máquinas accionadas por vapor y electricidad, y sus consecuencias subsiguientes, como incendios, explosiones, transformaron el accidente de trabajo en un hecho regular y no aislado¹¹.

Otro factor que influye en el surgimiento del Derecho del Trabajo, mencionado por Montoya Melgar, fue la duración de los contratos de trabajo, por cuanto en el comienzo de la Revolución Industrial los contratos tenían una duración excesiva, siendo de seis, siete o más años, lo que generaba un claro abuso hacia los trabajadores, a lo que se sumaban las extensas jornadas de trabajo, que oscilaban entre catorce a dieciséis horas diarias, las que se aplicaban incluso a menores de edad, sin contar las pésimas condiciones de seguridad, higiene y salubridad, encontrándose en especial estado de riesgo a sufrir accidentes de trabajo aquellos trabajadores de industrias extractivas. A todo lo anterior debe añadirse el gran desequilibrio que existía entre la oferta y la demanda de trabajo, lo que trajo como consecuencia no sólo los bajos salarios, sino además que éstos se pagaran fuera de plazo¹².

Con la Revolución Industrial se produce un cambio no sólo en el ámbito laboral, sino también, en el parecer de García González, un cambio en la sociedad en su conjunto, en lo político, económico y social¹³, ya que como señala Borrajo Dacruz¹⁴, entre los efectos más relevantes de la industrialización se pueden mencionar tres: la utilización generalizada de máquinas, las que implicaban un peligro para los trabajadores inexpertos que se encontraban comenzando una etapa de perfeccionamiento, en cuanto al funcionamiento de éstas; como consecuencia de lo anterior, los accidentes de trabajo con resultados nefastos, como era la muerte o la mutilación de los trabajadores; y por último, la separación entre la propiedad de los medios de producción y el trabajo a prestar con dichos medios.

Esta situación llevó al convencimiento, a pesar del espíritu liberal de la época, que era necesario la intervención por parte del Estado, siendo Inglaterra el primero en reglamentar el trabajo industrial, en el año 1802. En España, el proceso fue un poco más lento, ya que en torno a 1890 comienza a tomar importancia la polémica de si el Estado debía intervenir en la denominada cuestión social. En cuanto a las causas que llevaron a pensar sobre la necesidad de

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A., ob. cit., p. 62.

¹¹ HERNÁIZ MÁRQUEZ, M., ob. cit., pp. 32 y ss.

¹² MONTOYA MELGAR, A., ob. cit., pp. 65-67. Como señala este autor, estos problemas llevaron al trabajador a caer en la indigencia, ya que se veía obligado a vivir de créditos, y a solicitar frecuentemente salarios anticipados, deudas que jamás lograba terminar de pagar, por lo que eran sus hijos quienes debían redimir el resto del débito, terminando en una situación equivalente a la esclavitud, al prestar servicios sin ninguna remuneración a cambio.

¹³ Véase GARCÍA GONZÁLEZ, G., *Orígenes y fundamentos de la prevención de riesgos laborales en España (1873-1907)*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 26.

¹⁴ BORRAJO DACRUZ, E., "Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en *Cien años de Seguridad Social* (Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M., Coord.), Fraternidad Muprespa, UNED, Madrid, 2000, p. 81. Como señala BAYÓN: «Cuando el capitalismo liberal empieza a encontrar obstáculos en su camino, cede poco a poco posiciones, y para poderse mantener admite la intervención del Estado y la conversación con los sindicatos, y para apaciguar tensiones admite no sólo mejores condiciones de trabajo, sino que implanta ya los primeros seguros sociales» (BAYÓN CHACÓN, G., ob. cit., p. 91).

que el Estado tomara un papel protagónico en esta problemática, de acuerdo a lo señalado por Montero García y García González, existen diversos factores¹⁵: En primer lugar, ambos autores coinciden en mencionar como uno de los factores, el auge del movimiento obrero, ya que la reorganización que se efectuó en 1889 con la II Internacional llevó tanto a la burguesía como a las clases dirigentes a que tomaran conciencia del problema social, quienes se vieron, como bien explica Montero García, por un lado atemorizados y por otro instados a dar una respuesta. Sin embargo, siguiendo en este punto a García González, el reformismo no sólo tiene origen en la ya mencionada toma de conciencia, sino también es concebida como una manobra de oportunidad política proyectada con la finalidad de introducir ciertos cambios y de esa manera temperar el ánimo obrero y evitar reacciones revolucionarias que pudieran poner en peligro la estabilidad del sistema¹⁶. En segundo lugar, los autores citados coinciden en que la postura adoptada por las diferentes confesiones cristianas se tradujo en una revalorización de las enseñanzas sociales del Evangelio, donde se descubren las exigencias de justicia social. Así, se encuentra la encíclica de León XIII, *Rerum Novarum*, publicada en 1891, la que tomaba una clara postura hacia la intervención del Estado en materias laborales, sobre la postura liberal. En verdad, esta dualidad o simbiosis entre el liberalismo y la intervención estatal se encontraba en el centro de las ideas ilustradas, pues como explica Gómez Arboleya, uno de los elementos de la conformación de los códigos fue el Estado nacional. Como señala el autor, el Estado moderno quiere imponer su forma, mandar con raciocinio. Los territorios bajo los cuales está establecido, deben ser regulados por la unidad de espíritu: el espíritu de la ley¹⁷.

En los ámbitos de la sociología y la antropología, se incorporaron nuevas ideas coincidentes con las anteriores, que sostuvieron el principio de solidaridad natural, frente al principio de lucha por la vida. En Francia, es precisamente este solidarismo el que sirvió de base para justificar el intervencionismo del Estado, ya que los liberales encontraron en este principio la forma de dar a conocer una nueva concepción estatal, que pasó a ser un elemento activo en esta lucha por lograr el ideal social¹⁸. Montero García agrega, en esta línea, que la sociología contribuyó además al descubrimiento de las dimensiones reales de la pobreza, a lo que se deben sumar las insuficientes iniciativas privadas por tratar de cambiar este panorama, lo que evidentemente hizo necesaria la intervención del Estado¹⁹. Así también lo señala García González, quien argumenta que las instituciones públicas y privadas fueron insuficientes para dar respuesta al alto nivel de pobreza, lo que se agravaba con la primera crisis de sobreproducción y el auge de la concentración industrial en dos aspectos, tanto en la concentración de capital como en la concentración de trabajo, lo que produjo como lógica consecuencia la sustitución de los pequeños talleres por grandes empresas manufactureras²⁰.

¹⁵ Véanse, sobre estas razones, GARCÍA GONZÁLEZ, G., ob. cit., pp. 28-31 y MONTERO GARCÍA, F., *Los Seguros Sociales en la España del siglo XX. Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pp. 16-18.

¹⁶ MONTERO GARCÍA, F., ob. cit., p. 18; GARCÍA GONZÁLEZ, G., ob. cit., p. 32.

¹⁷ GÓMEZ ARBOLEYA, E., "El racionalismo y los Códigos europeos. Primera parte", en *Revista de Estudios Políticos*, vol. 57, 1951, pp. 15-35.

¹⁸ Siguiendo a MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, el nuevo espíritu de la solidaridad social se plasma en la Constitución francesa de 1793. La Convención declaraba: «... los socorros públicos son una deuda sagrada. La Sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos infortunados, bien sea procurándoles trabajo, bien asegurándoles los medios de subsistencia a los que no se encuentran en condiciones de trabajar» (Véase MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Civitas, 10ª edición, Madrid, 2014, p. 28).

¹⁹ MONTERO GARCÍA, F., ob. cit., p. 18. Las manifestaciones incipientes de la seguridad social se aprecian, en efecto, en la ayuda a los pobres. Como indican MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, la denominada «Ley de los Pobres» («Poor Law»), aprobada en 1661, fue la enseña originaria de los sistemas normativos asistencialistas europeos (MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., ob. cit., pp. 27-28).

²⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, G., ob. cit., pp. 30-31. Según el autor, la época también va a suponer la revisión de los principios liberales clásicos, tanto económicos como jurídicos. Específicamente, la revisión realizada por la Escuela

Sumado todo lo anteriormente expuesto, como indican Rodríguez, Gorelli y Vilches²¹, los problemas que surgieron con la Revolución Industrial, principalmente el trabajo de mujeres y niños, y las malas condiciones de los lugares de trabajo, a lo que se agregan, como se ha visto, las pésimas condiciones de seguridad, los salarios irrisorios, las extensas jornadas, las deficientes medidas higiénicas, y por otra parte la inflación de desempleo, llevaron a movilizar a los obreros, lo que trajo como consecuencia el fenómeno de la cuestión social.

Como explica González Posada, se consideraba que eran los propios trabajadores los que debían resolver con sus propias fuerzas las diversas problemáticas, limitándose el Estado a aconsejar y fomentar el ahorro, lo que por supuesto era imposible, ya que si los trabajadores apenas ganaban para vivir, tampoco podían destinar parte de su dinero a ahorrar²². Y como era imposible ahorrar, de acuerdo a lo que señala Del Peso y Calvo, tampoco estuvo en condiciones de hacer frente a contingencias que le impidiesen seguir trabajando, ya fuera por un determinado tiempo o simplemente para siempre. Todo lo anterior llevó a un cambio de mentalidad de los Estados para pasar de unas políticas abstencionistas, enfocadas principalmente en la protección de mujeres y niñas, a la protección de algunos riesgos, especialmente aquellos derivados de los accidentes del trabajo. Todo lo mencionado anteriormente tiene como consecuencia el surgimiento de los Seguros Sociales²³.

Este breve recorrido histórico de las razones que permiten la aparición del Derecho del Trabajo, nos pone en la pista que el principio de continuidad es inherente a la relación laboral. Como señala Plá, las razones de protección del Derecho laboral existen en la medida que éste se encamina hacia la estabilidad: al suponer el empleo un contrato de tracto sucesivo, requiere estabilidad²⁴, pero, agregamos nosotros, dicha estabilidad es estructural a la diferencia entre las partes y a la necesidad histórica de protección del trabajador, no solo en la naturaleza de la prestación asociado a ella. Como señala Alonso Olea: «El principio general de derecho contractual de conservación del negocio, para que éste surta todos sus efectos, queridos por las partes y queridos por el ordenamiento jurídico (que el art. 1284 del Código Civil formula como principio de las cláusulas contractuales, mandando que éstas se entiendan en el sentido más adecuado para producir sus efectos), juega en el contrato de trabajo con especial intensidad.»²⁵

En el apartado siguiente analizaremos las distintas proyecciones del principio de continuidad, para detenernos finalmente, como hemos advertido, en algunos aspectos que lo ponen en conflicto.

3. LAS DISTINTAS DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Como señala Plá, el principio de continuidad tiene múltiples manifestaciones y sus proyecciones alcanzan variados aspectos de la relación laboral. Según el autor, en efecto, el principio de continuidad comprende: a) La preferencia por los contratos de duración indefinida, que punta directamente a la estabilidad en el empleo; b) la amplitud para la admisión de transformaciones en el contrato; c) facilidad para mantener el contrato, a pesar de incumplimientos en los que se haya incurrido; d) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por volun-

Histórica Alemana, quienes se centraron en la economía clásica. Por su parte, los civilistas italianos y alemanes también efectuaron una revisión crítica de algunos de los presupuestos de la visión liberal de los Códigos civiles de la época.

²¹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHES PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2001, p. 33.

²² GONZÁLEZ POSADA, C., *Los Seguros Sociales Obligatorios en España*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pp. 5-6.

²³ DEL PESO Y CALVO, C., *Manual de Accidente del Trabajo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1946, pp. 12-13.

²⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, A., ob.cit., p. 193.

²⁵ ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 27ª edición, Madrid, p. 118.

tad del empleador; e) interpretación de las interrupciones del contrato como simples suspensiones; f) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador²⁶.

Como adelantamos, en este trabajo analizaremos los aspectos relativos a la duración del contrato y las modificaciones contractuales, tanto objetivas, como subjetivas.

4. LA PREFERENCIA POR LOS CONTRATOS DE DURACIÓN INDEFINIDA

En clave de acto jurídico, tanto la relación contractual misma, como las obligaciones que generan dichos actos, pueden estar afectas a modalidades, especialmente condición, plazo o modo. Ya nuestro Código Civil reconoce que las prestaciones de servicio, tanto el arrendamiento de servicios, como el mandato, pueden prestarse de manera indefinida o sujetos a plazo. El Código del Trabajo regula la relación laboral siguiendo el criterio del contrato de prestación de servicios civil, es decir, distinguiendo, en el artículo 159 N° 4, dos tipologías contractuales: el contrato a plazo y el contrato indefinido. Como en el caso del contrato de prestación de servicios civil, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el desahucio, propio de los contratos indefinidos, se encuentra vedado en los contratos a plazo²⁷. Correlativamente, se ha declarado que en el contrato a plazo fijo, las partes no pueden renunciar anticipadamente.

Del análisis de la norma se desprende, siguiendo a Gamonal, que el Derecho del Trabajo tiene una clara preferencia por los contratos de duración indefinida. Y agrega: «Las razones que lo justifican son de variada índole: generalmente duran más; da derecho a indemnización por años de servicios, y los contratos de duración «determinada», paradójicamente, obligan más al trabajador que el de duración indeterminada. En efecto el plazo contractual obliga efectivamente a ambas partes»²⁸. En un sentido similar, Arellano y Walker precisan que es esta la más clara manifestación del principio de estabilidad en el empleo²⁹. Por ello, la jurisprudencia ha deducido como consecuencia, que no es posible pactar un contrato a plazo fijo si las partes estaban vinculadas en virtud de un contrato indefinido, puesto que ello implicaría la renuncia del estatuto de estabilidad por parte del trabajador³⁰.

La norma chilena establece, en efecto, una seria limitación a los contratos de duración determinada o a plazo, en el ya citado artículo 159 núm. 4. En principio, en cuanto a la duración: el contrato a plazo no puede ser superior a un año, salvo el caso, de acuerdo al inciso 3° del número 4 del artículo 159, de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, en cuyo caso la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

En segundo término, en cuanto a sus condiciones. Según el ya citado 159 N° 4, inciso 2°: «El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera

²⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 199.

²⁷ Una antigua sentencia lo declaró de esta forma: «El empleador sólo puede ejercer su facultad de poner término al contrato de trabajo mediante desahucio tratándose de contratos de plazo indefinido, ya que de lo contrario carecería de sentido la facultad de contratar a plazo fijo y dejar sin efecto un contrato que es ley para las partes. Si el contrato a plazo fijo pudiera ser dejado sin efecto en cualquier momento por voluntad del empleador, resultaría ilusorio fijar un plazo para el contrato». Corte Suprema, Rol N° 6.596, de 5 de agosto de 1992. Microjuris. Repertorio.

²⁸ GAMONAL CONTRERAS, S., ob. cit., p. 116. En un sentido similar, véanse las razones expresadas por PLÁ RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 200-201.

²⁹ WALKER ERRÁZURIZ, F. y ARELLANO ORTIZ, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Litrotectnia, Santiago, 2014, p. 452.

³⁰ Véase C. Suprema. Rol N° 2.124-97, de 7 de diciembre de 1998, citada en Microjuris, Repertorio.

contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida»³¹. También lo transforma en indefinido el seguir prestando servicios después de la expiración del plazo, de acuerdo al artículo 159 N° 4, inciso final. En relación con esta presunción, se ha señalado por la jurisprudencia que una segunda renovación produce la transformación del contrato en indefinido, aunque las funciones que se presten sean distintas³².

Hay todavía otro supuesto de contrato a plazo, pero establecido legalmente y no contractualmente. En el denominado contrato de aprendizaje, regulado en el Capítulo I, del Título II «Contratos Especiales», del Libro I del Código del Trabajo. De acuerdo con el artículo 84: «El contrato a que se refiere este capítulo tendrá vigencia hasta la terminación del plan de aprendizaje, el que no podrá exceder de dos años». No obstante, según Gamonal, si se sigue prestando servicios a pesar del término del plazo legal, habría que aplicar un criterio análogo al contenido en el artículo 159 N° 4 y, en consecuencia, el contrato devendría en un indefinido³³.

La primacía del contrato indefinido excede incluso el poder liberatorio de un finiquito, que puede ser empleado como mecanismo para evadir los efectos propios del contrato indefinido. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 29 de diciembre de 2017, por ejemplo, se declaró que: «Si bien formalmente la empresa suscribió con el demandante tres finiquitos, no hubo término de la relación laboral, pues el segundo siguió trabajando para la primera. Es decir, en la práctica, el actor siguió prestando servicios personales bajo subordinación y dependencia para la demandada, la que, como contraprestación le pagó las remuneraciones convenidas, acto que importa negar de su parte, el término de la relación laboral. En estas condiciones, no incurre en un error la sentencia recurrida, al privar de poder liberatorio a los finiquitos invocados por la demandada»³⁴. En un sentido similar se había resuelto en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 19 de junio de 2013, que no tampoco reconoció poder liberatorio al finiquito celebrado entre las partes, en atención a la presunción de contrato indefinido contenida en el artículo 159 N° 4. Según la Corte: «Los sucesivos finiquitos suscritos entre las partes, no han logrado cumplir con efecto liberatorio, dado que por sobre el mismo prima la presunción del artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, en cuanto expresa que se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida el trabajador que prestó servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo fijo, más allá de existir finiquitos entre uno y otro contrato»³⁵.

³¹ Como explica Rojas Miño, esta presunción de contrato indefinido fue introducida por la Ley 19.010, de 1990, y tenía como objetivo evitar que se evadiera la sanción de renovación del contrato a plazo en un contrato indefinido, mediante el espacio temporal entre uno y otro contrato a plazo. Agrega, sin embargo, que: «...el instrumento diseñado, que consiste en una presunción, fue construido sobre una especie de "fórmula matemática", que también es posible de eludir, mediante el no cumplimiento de los períodos señalados». Véase ROJAS MIÑO, I., *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 165.

³² Así se resolvió en la sentencia Araya Castellano, Álvaro con Cruz Hermanos Limitada (2010): Corte de Apelaciones de La Serena, 28 de septiembre de 2010, rol 104-2010, MJJ25056. Dijo la Corte que: «El inciso final del artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, en lo que nos interesa, otorga un efecto modificatorio tácito a la voluntad de las partes por el sólo hecho de pactar una segunda renovación de un contrato a plazo fijo, transformándolo en uno de naturaleza indefinida. Si se dan los supuestos contemplados en ella, la naturaleza de la relación laboral simplemente muta de finita a indefinida, sin que quepa la posibilidad de rendir prueba para demostrar una voluntad en contrario, de modo que el empleador que ha celebrado más de un contrato de trabajo a plazo fijo, deberá soportar las consecuencias jurídicas de celebrar sucesivos y continuos contratos de este tipo, con sus correspondientes renovaciones, sin que corresponda entrar a indagar las funciones concretas que en cada contrato o renovación se le hayan asignado al trabajador, siendo esta interpretación la más favorable para el trabajador y coherente con el principio de la continuidad laboral».

³³ GAMONAL CONTRERAS, S., ob. cit., p. 116.

³⁴ Riquelme con MSH Ingeniería en Mantenimiento SpA (2017): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de diciembre de 2017, rol 294-17, MJJ53048.

³⁵ Villagra, Marcelo con Frutícola Agrichile (2013): Corte de Apelaciones de Temuco, 19 de junio de 2013, rol 95-13, MJJ35743.

5. DINAMISMO CONTRACTUAL

Los otros aspectos que reseña Plá, a los que nos hemos referido antes, pueden agruparse en lo que Gamonal denomina dinamismo contractual, que no es otra cosa que una referencia al devenir de la relación laboral durante el íter contractual. Siguiendo, por tanto a Gamonal, dos son los aspectos en los que nos centraremos, a saber: la amplitud para la admisión de transformaciones del contrato y la sustitución del empleador en el caso de transformación de la empresa³⁶.

5.1. Los supuestos de modificación objetiva, ¿un caso de novación?

En cuanto al primer aspecto, guarda relación con las modificaciones objetivas que pueden introducirse en el contrato, es decir, en las prestaciones a las que las partes pueden estar obligadas las partes, que la doctrina ha enfocado desde la óptica de la novación.

5.1.1. Breve referencia a la regulación del Derecho común

En el Derecho común, la novación objetiva se regula en el título XV, del Libro IV del Código Civil, en los artículos 1628 a 1651. Junto con la novación, el código se preocupó de regular otra figura que es la «delegación», en cuya virtud un deudor ofrece el pago con el compromiso de otro deudor, que se obliga, pudiendo esta figura ser o no novatoria (artículo 1635 del Código Civil). Además, el Código Civil contempla otros casos de modificación, que no alcanza a ser novación, pero que regulan determinados efectos en relación con los terceros.

En efecto, conforme a lo prescrito en el artículo 1631 N° 1 del Código Civil, la novación puede efectuarse sustituyendo una nueva obligación a otra sin que intervenga un nuevo acreedor o deudor. La novación objetiva puede ser, por tanto, tanto por cambio de objeto, como por cambio de causa. Si se está frente a una novación por cambio de objeto, la modificación en el contenido de la prestación debe ser sustancial. La otra forma es la novación por cambio de causa. Estamos en presencia de una forma especial de extinción por cuanto aparentemente la obligación aparece invariable porque no cambia ni la prestación, ni los sujetos activos o pasivos. Un ejemplo de este tipo de novación sería el caso de quien adeuda a otra persona el saldo del precio de una compraventa y en virtud de una novación posterior se acuerda que esta suma se adeuda a título de mutuo.

El Código Civil se pone en una serie de hipótesis en las que, no obstante existir variación de la obligación desde un punto de vista objetivo, en las prestaciones, no las considera novación, sin perjuicio de los efectos que en cada situación consagra. Revisemos brevemente estas normas, sin perjuicio de examinar si éstas pueden ser aplicables a la relación laboral.

El primer caso es el del aumento o disminución de las prestaciones. De acuerdo al 1646, cuando la segunda obligación consiste en simplemente añadir o quitar una especie género o cantidad a la primera obligación los codeudores subsidiarios y solidarios son obligados hasta la concurrencia de ambas obligaciones. La ley considera que existen dos obligaciones distintas; sin embargo, esta modificación produce un efecto respecto de los obligados subsidiaria o solidariamente, por cuanto estos no están obligados si no hasta la concurrencia de ambas obligaciones, consagrándose el principio de que los terceros no pueden verse afectados ni obligados en términos más gravosos.

En segundo término, el supuesto de agregación o disminución de garantías. Como se sabe, conforme al artículo 45 del Código Civil, las garantías y cauciones siempre constituyen obligaciones accesorias de la principal de esta manera cualquier cambio que experimenten las garantías no importan novación, porque no afecta sustancialmente la obligación principal.

³⁶ GAMONAL CONTRERAS, cit., p. 116.

En tercer lugar, la modificación de las modalidades de la obligación. Dado que las modalidades son elementos accidentales del acto jurídico, en ningún caso su alteración puede constituir novación puesto que no varía un elemento esencial en la obligación. El legislador se preocupó de regular especialmente el plazo en los artículos 1649 y 1650.

En cuanto al artículo 1649, se refiere a la ampliación del plazo de una deuda. Aun cuando mantiene el principio de que no constituye novación, pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas por un tercero salvo obviamente que estos terceros accedan a la ampliación. Como se modifica un elemento accidental no hay novación, pero nuevamente la ley atiende al principio de que los intereses de los terceros no pueden verse afectados, ni estos pueden quedar obligados en términos más gravosos. Además, es importante señalar que el artículo 1649 no menciona a los codeudores solidarios y ello es porque ellos tienen interés frente al acreedor y no se ven perjudicados. Por su parte, el artículo 1650 se refiere a la reducción del plazo. Este caso no constituye novación ni tampoco extingue lo accesorio, sin embargo, no se puede perseguir a los codeudores solidarios ni a los subsidiarios si no cuando expire el plazo pactado.

Finalmente, la ley contempla algunos cambios en la forma de cumplirse la obligación. El artículo 1648 dice que la simple mutación del lugar de pago no constituye novación y deja subsistente las cauciones personales y reales.

En suma, todas estas formas de modificación objetiva se fundamentan en dos principios: a) al no haber novación, si se pacta una nueva obligación se miran como 2 obligaciones coexistentes y la primitiva vale en todo lo que no se oponga a la segunda; b) en toda modificación no se puede afectar a los terceros ajenos al pacto que regularmente garantizan personal o realmente la obligación que se modifica.

Este es, sucintamente, el régimen legal de Derecho común que regula la materia. Dado que la doctrina se refiere a la hipótesis en análisis como novación, veamos de qué modo esta cuestión resulta aplicable al contrato de trabajo.

5.1.2. Modificación objetiva en el contrato de trabajo en Chile

a) La modificación bilateral: acto novatorio y otras modificaciones

Para Plá, la denominación de novación es la que describe perfectamente aquella situación en la que las partes han decidido modificar el contenido de las relaciones laborales, advirtiendo que no se trata del número, ni de la esencia de las prestaciones³⁷. En otras palabras, como advierte Gamonal, la novación en materia laboral no sería necesariamente extintiva, sino que se trataría de una serie de pactos adicionales, expresos o tácitos, que no perjudican la existencia o su vigencia³⁸.

El fenómeno de la novación, por otro lado, no debe ser confundido con el *ius variandi*, en la medida que éste importa el ejercicio de la potestad del empleador y no acuerdo o pacto, como ocurre con la novación. Según Plá, pueden anotarse al menos dos diferencias: a) mientras la novación supone siempre el acuerdo entre las partes, el *ius variandi* implica una variación impuesta mediante actos de *imperium* del empresario, ante los cuales no cabe al trabajador otra alternativa que la obediencia; b) la novación objetiva está referida a las condiciones principales que constituyen el objetivo del propio contrato, es decir, prestaciones esenciales, mientras que el *ius variandi* no afecta al contrato, ni tampoco a las prestaciones esenciales, sino a aspectos accesorios³⁹.

³⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A., ob. cit., pp. 205-206.

³⁸ GAMONAL CONTRERAS, S., ob. cit., p. 116.

³⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 208.

Antes de señalar nuestra opinión, veamos de qué forma el Código del Trabajo regula estas materias. Según Gamonal⁴⁰, la novación está regulada en el artículo 11 y, el *ius variandi*, por su parte, en el artículo 12, al que nos referiremos en el siguiente apartado. El artículo 11 prescribe: «Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo. No será necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, ya sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales o en acuerdos de grupo negociador. Sin embargo, aún en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes».

Una primera cuestión que a nuestro juicio debe ser despejada, es la naturaleza que le cabe a la novación, objetiva, en el ámbito laboral. Desde nuestro punto de vista, no existen razones para modificar la naturaleza de la novación en sede laboral. La doctrina señala, como hemos visto, que las modificaciones esenciales, no alteran la relación contractual y, en efecto, no vemos que ello constituya un argumento decisivo para cambiar la naturaleza de la novación. En efecto, la cuestión es más simple a nuestro juicio. Siempre que exista alteración sustancial de las prestaciones, podemos estar en presencia de una novación, porque se han alterado aspectos sustanciales de la prestación, tanto de parte del empleador, como por parte del trabajador. En cambio, cuando se modifican aspectos accesorios de la prestación, no puede emplearse la expresión novación, porque no nace una nueva obligación, en el sentido técnico del término.

Pensar que la novación tiene peculiaridades en el Derecho del trabajo porque la relación contractual no se ve alterada, es una cuestión inocua, pensamos, para la naturaleza de la novación y su operación. En efecto, se debe tener presente que la novación es un modo de extinguir una obligación, por la que nace una nueva y no un modo de extinguir un contrato. Por tanto, no constituye novedad alguna decir que una variación sustantiva de la prestación no se traduce, inmediatamente, en una nueva relación contractual, porque tampoco ello acontece con las reglas del Derecho común.

En lo que lleva la razón la doctrina que hemos examinado, es que los efectos, digamos, secundarios de la novación y de las modificaciones de la prestación, no se producen con la misma intensidad en el caso del Derecho del trabajo. En efecto, entre los efectos secundarios de la novación se encuentra la extinción de los accesorios, entre ellos, las cauciones reales o personales.

De otro lado, la constitución de las cauciones reales es, en su mayoría, atentatorias para el Derecho del trabajo, en la medida que se impongan como un gravamen para el trabajador y, en cuanto a las cauciones personales, como la fianza y la solidaridad, la tener un constructo legal –y no solo convencional–, las modificaciones objetivas de la prestación no inciden en dicha responsabilidad. Es lo que acontece con el régimen de subcontratación y la responsabilidad solidaria que la ley establece para el empleador. Conforme al artículo 183B del Código del Trabajo: Artículo 183-B: «La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pu-

⁴⁰ GAMONAL CONTRERAS, S., ob. cit., p. 116.

diere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente. El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural».

El fundamento de la norma, así como la seria limitación al efecto extintivo de la novación, puede explicarse en atención al principio protector del Derecho laboral, con el que la norma se conjuga muy íntimamente. Estas mismas limitaciones se aprecian en el alcance de los pactos novatorios, puesto que, como hemos visto supra, hay restricciones relativas, por ejemplo, a la duración contractual. Las partes no podrían acordar, por ejemplo, encontrándose vinculados por un contrato indefinido, reemplazarlo por un contrato a plazo, ni alterar condiciones contractuales esenciales tendientes, como la remuneración, en tanto vayan en perjuicio del trabajador. En la doctrina, por ejemplo, ROJAS MIÑO ha señalado que, al menos tratándose de cláusulas tácitas, éstas no pueden operar en perjuicio del trabajador⁴¹, pero pensamos que no hay razón para hacer operar dichas cláusulas, contra el trabajador, aun en el caso de pacto expreso.

Para apreciar este aspecto, analicemos, en último término, el *ius variandi*.

b) La modificación unilateral: el *ius variandi*

El *ius variandi* se encuentra regulado, en el sistema chileno, en el artículo 12 del Código del Trabajo, en los siguientes términos: «El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador». Como señala Rojas Miño, se trata de una verdadera excepción a la regla de que el contrato, sólo puede ser modificado por acuerdo de las partes, pero se impone la necesidad, atendido el poder de dirección del empleador y la necesidad de gestionar la empresa⁴².

Según hemos analizado, el *ius variandi* presenta dos notas diferenciales con la novación. La primera, es que se trata de un poder del empleador, antes que de un acuerdo, es decir, que el *ius variandi* implica la imposición de ciertas condiciones al trabajador. En segundo lugar, que el *ius variandi* no en alteraciones sustanciales de las prestaciones. Analicemos cada uno de estos aspectos.

El primer aspecto constituye, a nuestro juicio, la diferencia fundamental⁴³. Y por eso, esta potestad del empleador está sujeta a una serie de condiciones y limitaciones contenidas en la misma norma. Como se expresa en el Dictamen N° 1504, de 5 de abril de 2017 : «De las normas contenidas en el inciso 1° del precepto legal citado, fluye que el legislador ha facultado al empleador para alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: 1.- Que se trate de labores similares a las convenidas. 2.- Que el nuevo sitio se ubique dentro del mismo lugar o ciudad. 3.

⁴¹ ROJAS MIÑO, I., ob. cit., p. 44.

⁴² ROJAS MIÑO, I., ob. cit., p. 45. En un sentido similar WALKER ERRÁZURIZ, F. y ARELLANO ORTIZ, P., ob. cit., p. 256.

⁴³ La jurisprudencia chilena ha declarado reiteradamente que, a diferencia de la novación, en el *ius variandi* falta el acuerdo del trabajador. Véase, Vera Urra, Natalia con Evaluadora Recourse Nacional S.A. (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de enero de 2011, rol 193-10, MJJ25917. Y, en un sentido similar, en la causa López Trujillo, Pamela con Montajes Salfa (2010): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de julio de 2010, rol 22-10, MJJ24363, se señaló que el cambio de faena, aunque unilateral, supone un acuerdo, negándose la demanda de autodespido, en la medida que el trabajador ha aceptado tácitamente la modificación.

Que ello no importe menoscabo para el trabajador. Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia judicial ha reconocido que esta última condición es el gran límite que reconoce el ejercicio del ius variandi, existiendo consenso en cuanto a que el menoscabo no está constituido sólo por un desmedro en el aspecto económico, sino que también está referido a cuestiones morales y sociales y a todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que afecten a la formación profesional o a la dignidad del trabajador. Ello corrobora lo sostenido por la jurisprudencia administrativa de este Servicio, que se contiene, entre otros, en dictamen N° 1177/061, de 03.03.99».

Sigue el Dictamen en análisis, agregando que, en relación con la jornada: *«Ahora bien, el análisis de la normativa contenida en el inciso segundo del mismo artículo permite establecer que el legislador ha facultado también al empleador, para modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, hasta en 60 minutos, lo cual, solamente le está permitido en caso de mediar la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: a) que existan circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y b) que se dé aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días».*

Estos límites generales están referidos al segundo aspecto diferenciador. El *ius variandi* se ejercer dentro de ámbitos acotados, como la naturaleza de los servicios, que deben ser similares a los prestados por el trabajador, el lugar de trabajo y la jornada.

En cuanto al lugar, el Dictamen N° 1577, de 10 de abril de 2018, reafirmó que el trabajador, acorde a la norma establecida, no puede trasladar a sus trabajadores fuera de la ciudad en la que residen⁴⁵. Y, en el Dictamen N° 345, de 20 de enero de 2017, se señaló, en relación con la jornada: *«Resulta entonces evidente que, mediante el ius variandi de la citada disposición, el empleador se encuentra impedido de efectuar modificaciones que superen las expresamente contempladas en el texto normativo, así como menos puede servirse de tal facultad para obligar a las dependientes a cumplir un pacto que tiene una naturaleza claramente diversa a los elementos que configuran la institución establecida en el citado artículo 12, la cual, por cierto, ha de ser interpretada restrictivamente atendida su cualidad de excepcional»*⁴⁶. En términos generales, el Dictamen 1449/027, de 9 de abril de 2008, en términos generales expresó: *«No se encuentran ajustadas a derecho las modificaciones a la duración de la jornada de trabajo que, a través del uso reiterativo de Addendum, se realiza a los contratos de los trabajadores, toda vez que ello afecta la debida certeza a la relación laboral»*⁴⁷.

Con independencia de las importantes diferencias que presentan el *ius variandi* y la novación, como esta última, reconoce en definitiva como límites la indemnidad de los trabajadores, como reconoce el propio artículo 12⁴⁸. Así se declaró, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 17 de julio de 2012, en la que se declaró que: *«Cualquier trabajador al que se modifican las funciones que desempeña, rebajándolo de grado, con una disminución de sus remuneraciones, va a sentirse menoscabado en su dignidad personal y en cuanto a su relación con su entorno laboral»*⁴⁹. En el mismo sentido, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, se declaró que: *«Acreditada la existencia de problemas laborales entre las partes, el ejercicio del ius variandi que implica un menoscabo par el trabajador, por parte del empleador constituye una causal de autodespido»*⁵⁰. Y esta indemnidad del tra-

⁴⁴ Indicador Microjuris MJJ56379.

⁴⁵ Indicador Microjuris MJJ56395.

⁴⁶ Indicador Microjuris MJJ47672.

⁴⁷ Indicador Microjuris MJJ47672.

⁴⁸ Véase WALKER ERRÁZURIZ, F. y ARELLANO ORTIZ, P., ob. cit., p. 257.

⁴⁹ Ubilla con López (2012): Corte de Apelaciones de Talca, 17 de julio de 2012, rol 77-12, MJJ32536.

⁵⁰ Florentina Limitada con Montes (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de julio de 2010, rol 89-10, MJJ24409.

bajador, alcanza incluso las modificaciones accesorias, se trata del ejercicio del *ius variandi* o, pensamos, de modificaciones pactadas. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se declaró, en este sentido que: «No es posible que el empleador, amparado en el *ius variandi* modifique la hornada de turno de los trabajadores unilateralmente, toda vez que existe un menoscabo económico para ellos, haciendo aplicable la multa que la Inspección cursó en su proceso de Fiscalización por la denuncia del Sindicato»⁵¹.

5.2. Modificaciones subjetivas a la luz del principio de continuidad

5.2.1. Breve referencia a la novación subjetiva en el Derecho común

La novación subjetiva está regulada y reconocida en el Código civil chileno, en el artículo 1631, que puede operar por cambio de acreedor o por cambio de deudor. Junto con la novación por cambio de deudor, el Código se preocupa de regular la delegación. En ambos casos, la novación puede ser perfecta o imperfecta.

La novación por cambio de acreedor carece de importancia práctica, en la medida que, apegado a la tradición romana, el Código civil chileno admite que el acreedor, que goza de un derecho, puede libremente cederlo, aun contra la voluntad del acreedor, a quien debe notificarle la cesión, a efectos de oponibilidad de la medida (artículo 1903 del Código Civil).

Por consiguiente, en el ámbito civil, lo verdaderamente relevante es la novación por cambio de deudor, que no puede modificarse en la relación obligatoria sin que ésta se extinga, es decir, el deudor no puede ceder su posición. Técnicamente, la novación perfecta se denomina *ex promisión*. Se caracteriza por que un nuevo deudor que toma la iniciativa se sujeta u obliga para con el acreedor: la voluntad del primitivo deudor no concurre ni interviene en la *ex promisión*. Para que opere la novación el acreedor debe consentir en liberar al primitivo deudor. Entonces ésta novación por cambio de deudor bajo la forma de *ex promisión* es un acuerdo entre el nuevo deudor y el acreedor que consienten en dejar libre al primitivo deudor. En cambio, si el acreedor no consiente en liberar al primitivo deudor no hay novación y se produce el efecto del artículo 1635, considerándose el nuevo deudor un mandatario o diputado para el pago, un deudor subsidiario o fiador, o bien, un deudor solidario de acuerdo al tenor literal de la obligación.

Junto con la novación, el Código trata indistintamente la figura que, en la doctrina se denomina delegación, institución jurídica en virtud de la cual una persona que toma el nombre de «delegado» a petición de otra o con acuerdo suyo llamada «delegante» se obliga para con un tercero llamado «delegatorio». A diferencia de la *ex promisión*, el deudor primitivo (delegante), toma la iniciativa en orden a que el nuevo deudor (delegado), se obligue para con el acreedor (delegatario). El acuerdo necesita la voluntad de delegante y delegado, pero para que produzca efectos novatorios, requiere la voluntad del acreedor en orden a liberar al delegante. Se trata, como puede apreciarse, de un pago con obligaciones. Si es imperfecta, produce el efecto señalado en el artículo 1635, antes señalado.

Analicemos cómo estas figuras pueden operar en el ámbito laboral.

5.2.2. Las modificaciones subjetivas en el ámbito laboral

En todo caso, aun cuando estamos frente a un contrato bilateral y, por consiguiente, tanto trabajador como empleador asumen calidades, recíprocamente, de acreedor y deudor, el tra-

⁵¹ Sociedad de Exploración y desarrollo Minero con Inspección Provincial del Trabajo (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de marzo de 2016, MJJ43572.

⁵² GAMONAL CONTRERAS, S., ob. cit., p. 117. PLÁ RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 235.

bajador no puede ceder su calidad en el contrato (ni pasiva, ni activa), porque, como indica la doctrina, por el carácter personalísimo de la prestación del trabajador⁵².

Por consiguiente, lo que nos interesa es examinar lo que ocurre en el caso de modificaciones subjetivas tratándose del empleador. Y, para ello, como veremos, el análisis de la cuestión supera con mucho la cuestión relativa a la novación.

La incidencia de las modificaciones subjetivas del empleador se encuentra reguladas en el artículo 4, incisos 2º y 3º del Código del Trabajo, en los siguientes términos: «*Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores. De igual forma, en el caso de los trabajadores mencionados en el inciso final del artículo 1º, no se alterarán los derechos y obligaciones emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, en el caso de cambio de la titularidad en la respectiva notaría, archivo y conservador*»⁵³. Como señala ROJAS MIÑO, la principal dificultad de la norma se encuentra en que la norma no contempla herramientas precisas que garanticen la indemnidad de los derechos y posición contractual del trabajador, ni fija condiciones, ni condiciones a propósito de la sucesión⁵⁴. En cualquier caso, se ha afirmado que la norma tiende a la despersonalización del empleador⁵⁵.

Pensamos que, para entender adecuadamente la norma, es necesario atender a su propio tenor, debiendo hacerse varios distingos. En efecto, una adecuada comprensión de la norma admite una distinción entre la clásica distinción entre derechos reales y personales. La propiedad puede recaer, como se sabe, sobre toda clase de cosas, corporales e incorporales (artículos 19 N° 24 de la Constitución chilena y 583 del Código Civil chileno), y, por tanto, la transferencia o sucesión de la empresa puede ser a título de propiedad. Es decir, es perfectamente posible que la sucesión lo sea por actos entre vivos, en razón de un título traslativo de dominio, pero también podría estarse en presencia de una sucesión mortis causa⁵⁶. De hecho, tanto el Código Civil (artículo 2103), como el Código de Comercio (artículo 407), admiten expresamente la continuación societaria por los herederos de los socios, si así se ha pactado⁵⁷.

⁵³ Respecto de esta norma, se dijo en la causa Moscoso con XCMG Financiera Latam SA (2016): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 7 de enero de 2016, rol 96-15, MJJ43238: «*El artículo 4 del Código del Trabajo, en su inciso 2º reconoce el principio de continuidad, según el cual la variación en el dominio de una empresa no extingue las obligaciones derivadas de la relación laboral, toda vez que el legislador privilegia la estabilidad en el empleo como una forma de salvaguardar los derechos de los trabajadores*».

⁵⁴ ROJAS MIÑO, I., *ob. cit.*, p. 98; y GAMONAL CONTRERAS, S., *ob. cit.*, p. 119. Véase también WALKER ERRÁZURIZ, F. y ARELLANO ORTIZ, P., *ob. cit.*, p. 226.

⁵⁵ GAMONAL CONTRERAS, S., *ob. cit.*, p. 119. Como se dijo en Dictamen N° 4919/115, de 23 de octubre de 2017, que expresa: «*el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la misma no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador. Igualmente, este Servicio, ha sostenido que lo fundamental para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico*».

⁵⁶ Como se dijo en la causa Herrera Moyano, Juan con Sucesión de don Carlos Aguirre (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2010, rol 9547-09, MJJ24548: «*Corresponde aplicar el principio de continuidad de la empresa, contenido en el artículo 4º inciso 2º del Código del Trabajo, al caso en que el heredero del empleador fallecido, haya continuado en la administración de la empresa, de la misma forma en que lo hizo el causante*».

⁵⁷ Esta óptica adopta también PALAVECINO CÁCERES, C., «Cesión del contrato de trabajo por transferencia de empresa», en *Revista Laboral Chilena* núm. 7, 2017, pp. 70-72.

También la propiedad de una empresa puede modificarse en la medida que cambia la titularidad. En el caso de las sociedades, en tanto estamos en presencia de una persona jurídica distinta de los socios y que puede emplearse como paradigma para nuestra reflexión. En efecto, el dueño del capital social, de los derechos o acciones, de acuerdo con su naturaleza, goza de parte del dominio societario.

Por tanto, la sucesión, en los términos del artículo 4 del Código del Trabajo puede admitirse en el caso de cesión de los derechos sociales, pero también en los supuestos de división, transformación y fusión de sociedades, regulados a propósito de las sociedades anónimas, en el título IX, artículos 94 y siguientes de la Ley N° 18.046, de 22 de octubre de 1981. De acuerdo con el artículo 94: «*La división de una sociedad anónima consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndole a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide*». Por su parte, el artículo 96 define la transformación en los siguientes términos: «*La transformación es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica*». Y, por último, el artículo 99 dispone que debe entenderse por fusión: «*La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos*»⁵⁸.

Lo interesante, a efectos de análisis, es que las normas que regulan estas materias establecen la continuidad de la persona jurídica y/o, la sucesión de las obligaciones en la sociedad que subsiste.

Examinada la cuestión desde la perspectiva del derecho real, desde la perspectiva del derecho personal, pensamos, con Palavecino⁵⁹, que, al estar en presencia de un contrato bilateral, la modificación del acreedor desde la perspectiva de la cesión, debe ser entendida como una cesión de contrato, antes que una novación. La razón, además de que la posición del acreedor es compleja (pues asume el carácter de acreedor y deudor), es que, si se tratase de una novación, considerando al empleador como deudor, esta convención requerirá la voluntad del trabajador, en tanto acreedor.

Cualquiera fuese la fuente de la sucesión, que hemos examinado brevemente, la norma tiene una clara finalidad protectora que, como ha reiterado la jurisprudencia, se entrelaza con el principio de la realidad. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de abril de 2010: «*En virtud del principio de la continuidad de la empresa y la primacía de la realidad es posible hacer valer los derechos emanados de un contrato individual de trabajo como las indemnizaciones, sobre los bienes de la nueva em-*

⁵⁸ No debe confundirse el análisis de la cesión de empresas, con el de las relaciones entre las mismas, materia en las que no podemos detenernos. Si hay unidad económica, por tratarse de empresas relacionadas, estamos frente a un problema diverso, aunque relacionado, con el artículo 4. Como se dice en el Dictamen N° 13, de 4 de enero de 2016: «*No resulta jurídicamente procedente aplicar el principio de continuidad laboral consagrado en el inciso 2° del artículo 4 del Código del Trabajo, al traspaso de trabajadores que el grupo empresarial Penta pretende efectuar desde una de sus sociedades a otra relacionada al mismo grupo, por no configurarse a su respecto una modificación al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa en los términos descritos en el cuerpo del presente informe, sin perjuicio del derecho que le asiste a los trabajadores para entablar ante los Tribunales de Justicia las acciones legales que estimen pertinentes, a fin de obtener la declaración de que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador*».

⁵⁹ PALAVECINO CÁCERES, C., ob. cit., pp. 73-74.

presa. El artículo 4 del Código del Trabajo es una norma que tiene como fin la protección de los trabajadores»⁶⁰. Y la aplicación del principio, como se declara en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 2 de febrero de 2018, no puede estar sujeta a condiciones de ninguna especie⁶¹. E incluso, como se resuelve en la sentencia de la Corte Suprema, de 24 de septiembre de 2010, permite superar los efectos liberatorios de un finiquito suscrito entre el trabajador y el primer empleador⁶².

6. LA INFORMALIDAD LABORAL: LA DISOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

El Derecho laboral plantea serios desafíos modernos, entre ellos la globalización, la tercerización, la precarización laboral, la robotización de las actividades laborales, entre ellos⁶³. El principio que hemos analizado, presenta serios desafíos a la luz de tales problemas modernos, pero especialmente a la luz de la informalidad laboral, por la sencilla razón de que, al menos en el sistema chileno, como veremos, el principio desaparece.

La informalidad laboral es un fenómeno presente en todas las regiones del mundo, lo que se ha incrementado rápidamente, especialmente en las dos décadas pasadas. Como señalan Vásquez y Martínez: «Las altas tasas de empleo informal son una preocupación constante de cualquier gobierno debido a su baja calidad, pobre remuneración y a su poca contribución a la superación de la pobreza en un país»⁶⁴. Para la OIT, es la cara más visible de las carencias laborales que hace referencia a una situación de precarización del empleo. En cuanto a su concepto, podemos señalar que ha sido objeto de innumerables controversias debido a la heterogeneidad del fenómeno. Este debate se suscita desde que Keith Hart introdujera este concepto en sus trabajos sobre Kenia⁶⁵ y Ghana⁶⁶, en los años 70.

⁶⁰ Sociedad Automecánica Correa con José Correa Arévalo (2019): Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2010, rol 511-09, MJJ23543.

⁶¹ Isapre MasVida con Inspección Provincial del Trabajo del Ñuble (2018): Corte de Apelaciones de Chillán, 2 de febrero de 2018, rol 158-17, MJJ53715. En el mismo sentido, el Dictamen N° 2661/161, de 31 de mayo de 1993, señaló: «la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores, en caso de verificarse la modificación total o parcial del dominio o mera tenencia, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes».

⁶² Suco Ruiz, Luis con Estacionamiento Talca (2010): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2010, rol 4362-10, MJJ24800: «Corresponde rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia definitiva de segundo grado, dado que en ella no se presentan las infracciones alegadas, toda vez que el tribunal aplicó correctamente el principio de supremacía de la realidad que permitió dejar sin efecto el finiquito suscrito entre las partes, ya que es claro que el sentenciador debe valerse del principio de continuidad de la empresa, ello al haber suscrito el trabajador un nuevo contrato con la persona jurídica continuadora de la que originalmente lo había contratado y cuando, más aún, en el nuevo contrato se le reconocieron los años en que se había desempeñado para la anterior empleadora».

⁶³ Véase GUTIÉRREZ ROSA, X., «Las relaciones de trabajo y del trabajo mismo en la era post moderna», en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Caamaño Rojo, E. y Pereira Lagos, R.), AbeledoPerrot, Santiago, 2012, pp. 31 y ss.

⁶⁴ VÁSQUEZ TRESPALACIOS, E., y MARTÍNEZ HERRERA, E., «Políticas públicas en Seguridad Social para la protección de los trabajadores informales en Colombia», en *Revista Gerenc. Polit. Salud*, vol. 12, núm. 24, p. 89.

⁶⁵ Producto de una misión de la OIT, en la que participa Hart, y se publica un informe titulado «Employment, Incomes and Equality: A Strategy for Increasing Productive Employment in Kenya», publicado en 1972 por OIT-Ginebra. En el segundo estudio, distingue entre ingresos formales e informales: los primeros, valorados por la población de Accra por su estabilidad en el tiempo, corresponden a salarios del sector privado, público y transferencias—pensiones, pagos por desempleo—; los segundos, se generan por el autoempleo en actividades del sector primario y secundario, de la distribución, del transporte en pequeña escala, en transferencias entre personas y en algunas actividades ilegítimas como reducidos de mercancías robadas, usura o prostitución. Fue una interrogante planteada por el autor, si el subproletariado urbano, ejército de reserva compuesto por desempleados y subempleados, era realmente una mayoría pasiva y explotada, o bien, si sus actividades informales tenían una capacidad autónoma de generar crecimiento en los ingresos de los pobres.

⁶⁶ El autor amplía su definición de informalidad en el artículo: «*Informal income opportunities and urban employment in Ghana*».

Estas ideas pioneras se plasmaron también en el extenso informe sobre Kenya publicado por la OIT en 1972⁶⁷. En relación al mismo concepto, es preciso señalar que el año 2003 la Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (CIET), elaboró un estudio de medición de la economía dónde se señalaron diversos conceptos, entre ellos el de «sector informal», incluyendo a todos los trabajos en empresas no registradas o empresas privadas pequeñas no constituidas que producen bienes o servicios; el de «empleo asalariado informal», que comprende a todos los empleados asalariados caracterizados por una relación de trabajo que no está sujeta a la legislación laboral nacional, al impuesto sobre la renta, a la protección social o a determinadas prestaciones relacionadas con el empleo; y el de «economía informal», como todas las actividades económicas de trabajadores o unidades económicas que, en la legislación o en la práctica, no recaen en el ámbito de mecanismos formales o estos son insuficientes.

En el caso de Chile las reformas neoliberales a partir de los años ochenta establecieron una nueva concepción de relaciones laborales, dónde se incentiva la descentralización de los procesos productivos, con el uso de la externalización o tercerización, contribuyendo a la informalidad, desigualdad y reducción de protección social.

Como consecuencia, actualmente en Chile los trabajadores informales pueden clasificarse en tres grupos⁶⁸: a) los independientes encadenados, son aquellos que cuenta propia y/o pequeños empresarios que operan con pérdida de autonomía y/o con traspaso de riesgos de otros hacia ellos y/o bajo formas de pago que disminuyen su grado de independencia y su relación directa con el mercado, incluyéndose aquellos que realicen su actividad en las instalaciones u oficinas del empleador o cliente, y aquellos que trabajen en un local, taller o fábrica anexo a su hogar; b) los dependientes periféricos, que incluye asalariados subcontratados por empresas formales e informales y subordinados independientes; c) los asalariados subcontratados son los que no están contratados directamente por la empresa para la que trabajan, pero reciben una liquidación de sueldo de quien los contrata, reconociendo su condición de dependencia; d) los subordinados independientes son aquellos asalariados del sector público, del sector privado y de los hogares, que no reciben una liquidación de sueldo; y, por último, e) los asalariados desprotegidos, que son los asalariados con liquidación de sueldo pero que carecen de un contrato de trabajo, cotización previsional, cotización de salud y/o seguro de cesantía⁶⁹.

Entre los grupos de trabajadores informales existentes en nuestro país, podemos señalar que los más comunes son los trabajadores a honorarios del sector público, los contratados bajo la figura de prestación de servicios (pero que en la práctica cumplen con la relación de subordinación y dependencia), y las trabajadoras de casa particular.

En relación con los trabajadores a honorarios del sector público, debemos explicar la regulación existente en torno a esta figura. En nuestro país los trabajadores dependientes del sector privado se encuentran regulados por el Código del Trabajo, mientras que los formales de planta y a contrata del sector público se regulan por el Estatuto administrativo. Sin embargo, ninguno de los dos regula a todos los trabajadores que se desempeñan en cada uno de sus sectores, más precisamente a los trabajadores a honorarios, regulados por el Código Civil, a propósito de la prestación de servicios. Es del caso, que, en el segundo semestre del año 2017, el 52,8% corresponde a asalariados protegidos por el Código del Trabajo, el 6,5% por el Estatuto Administrativo y el 40% del total del empleo no está protegido bajo ninguna norma laboral, lo que lógicamente, tampoco permite el mismo acceso a beneficios con que cuentan el resto de los trabajadores⁷⁰.

⁶⁷ Véase TOKMAN, V., De la informalidad a la modernidad. Disponible en: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/tokman.pdf

⁶⁸ Para un análisis del concepto de informalidad, véase PELUFFO ARGON, M., “El concepto del sector informal: ¿una discusión agotada?”, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Caamaño Rojo, E. y Pereira Lagos, R.), AbeledoPerrot, Santiago, 2012, pp. 49 y ss.

⁶⁹ Informalidad Laboral: más trabajadores productivos sin protección laboral. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/portal/1629/articulos-110457_recurso_1.pdf

⁷⁰ Según el Informe mensual de calidad del empleo, octubre de 2017. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/estudios/imce-def2018/>

El trabajo a modalidad de honorarios o de subcontratación para el Estado, es habitualmente presentado como trabajo independiente, por lo que se produce el ocultamiento de las relaciones de dependencia implicadas en el vínculo laboral que existe entre estos trabajadores y el aparato estatal como empleador. Esta situación deviene en que finalmente en que el trabajador pierde los derechos que tradicionalmente han estado garantizados por el sólo hecho de participar de un trabajo que implica una relación laboral de dependencia, de modo tal que es el trabajador el que debe asumir por su propia cuenta las responsabilidades y acciones para acceder a derechos sociales antes garantizados como la seguridad social y la salud⁷¹. En este punto, es la jurisprudencia que en los últimos años se ha encargado de resolver esta problemática, afirmando la existencia de relación de subordinación y dependencia de estos trabajadores, y en consecuencia otorgando los beneficios que corresponden⁷².

Otro gran sector, son aquellos que prestan un servicio bajo el vínculo de subordinación y dependencia, fuera del sector público, pero que lo disfrazan bajo una prestación de carácter civil, con el fin de eludir obligaciones laborales o de seguridad social. En estos encontramos diversas figuras como, por ejemplo, el mandato en el caso de encargados de captar y relacionarse con vendedores de una zona geográfica determinada, para empresas que se dedican a la venta por catálogo; los contratos de arrendamiento de box, muy utilizado por empresas dedicadas a prestar servicios de peluquería; o el caso de los empaquetadores de supermercados y empresas de *retail*, que al no contar con una regulación quedan en total desprotección y desamparo, siendo la jurisprudencia quien ha comenzado a acoger las demandas afirmando la existencia de una relación de subordinación y dependencia⁷³.

Por último, analizaremos las trabajadoras de casa particular, que a pesar de contar con una reglamentación específica en el Código del Trabajo y con un seguro a todo evento en caso del término del contrato de trabajo, en nuestro país existe un gran número de trabajadoras que no cuentan con dicho contrato y, por consiguiente, no se efectúa el pago de las cotizaciones previsionales, privándolas de acceso a la salud, del pago de las cotizaciones en la AFP respectiva, al seguro de cesantía, y al seguro que les permite tener una indemnización a todo evento en caso del término de la relación laboral. Esto se debe, en la mayoría de los casos, a la difícil fiscalización, que, por la naturaleza de este servicio, corresponde al Inspección del Trabajo, añadiéndose a ello el crecimiento de inmigración en nuestro país, dónde se contrata a personas que no cuentan con los permisos correspondientes para efectuar dicha labor.

En el caso de Chile, el sistema de protección social funciona bajo una lógica que considera un pilar contributivo enfocado en trabajadores de carácter formal, y un pilar no contributivo focalizado en otorgar más facilidad al acceso a ciertos grupos de la población a protección social, en especial aquellos segmentos que pertenecen a los estratos sociales más bajos o desventajados. Por ejemplo, en el caso de la salud, se presenta un sistema mixto de financiamiento, que combina prestaciones de un sistema público de salud, Fondo Nacional de Salud (FONASA), y las prestaciones otorgadas por empresas aseguradoras, denominadas Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES). El sistema público otorga coberturas de salud según grupos

⁷¹ Estudio Cualitativo Chile: Trabajadores informales en el Estado. Proyecto *Health Inequalities, Work and Access to Social Security of Informal Workers*. FLACSO, Santiago de Chile, 2013. Disponible en: https://saludtrabajoyequidad.cl/wp-content/uploads/2017/04/Estudio-Cualitativo-Chile_2013.pdf

⁷² Entre otras sentencias, Corte Suprema en causa rol N° 21637-17 de 22 de enero de 2018, rol N° 34530- 17 de 22 de enero de 2018, rol N° 35737-17 de 18 de diciembre de 2017, rol N° 16346-16 de 7 de septiembre de 2016. Para este problema, remitimos a nuestro trabajo PINTO SARMIENTO, Y. "Responsabilidad del Estado empleador respecto a los trabajadores subcontratados", en *Problemáticas en torno a la subcontratación. Análisis a diez años de vigencia de la Ley N° 20.123* (Pinto Sarmiento, Y., coord.), Librotecnia, Santiago, 2017, pp. 297 y ss. Véase también TOLEDO CORSI, C., "La subcontratación laboral en Chile. Análisis de la ley N° 20.123", *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Caamaño Rojo, E. y Pereira Lagos, R.), AbeledoPerrot, Santiago, 2012, pp. 465 y ss.

⁷³ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso en causa rol N° 1146-10, de 14 de diciembre de 2010.

que dependen del nivel socioeconómico (A, B, C y D). Los grupos B, C y D consideran la contribución de los usuarios a partir de un descuento fijo mensual de sus ingresos, mientras que el grupo A corresponde a aquellas personas carentes de recursos que no pueden contribuir económicamente por su salud. Las ISAPRES, en cambio, se basan en la lógica del mercado privado y no ingresa a nadie que no pueda aportar el 7% o más de sus ingresos⁷⁴.

En cuanto a la cobertura de salud de los trabajadores informales la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que se consideran tres dimensiones, necesarias para alcanzar la cobertura universal, que son la cobertura financiera (referido al gasto o copago), cobertura de servicios (referido a la utilización de servicios, o la necesidad no satisfecha en salud) y cobertura poblacional (se refiere al enrolamiento o registro en el sistema de salud). En relación a la cobertura poblacional, los trabajadores formales en América Latina tienden a presentar mayores tasas de enrolamiento que los trabajadores informales, resultando en algunos países dicha diferencia bastante amplia (caso de Panamá, Paraguay y Perú), lo que no sucede en Chile que es más bien estrecha. Las tasas de enrolamiento en Chile son las más altas de la región, 99% trabajadores formales y 88% de los informales se encuentran enrolados.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, tratándose de los trabajadores informales, un problema adicional está representado por mantener al día el pago de dichas contribuciones. En efecto, un aspecto muy importante que queda ausente de los análisis de acceso a la salud, es la proporción de trabajadores que, además de estar afiliados en los sistemas de salud, tienen sus contribuciones al día, lo cual les da posibilidad real de acceso a la atención en salud cuando lo necesiten. En el caso de Chile, de todos los trabajadores formales enrolados en los sistemas de salud, el 99% tiene también sus contribuciones al día. Muy distinto es el caso de los trabajadores informales, dónde sólo el 21% tiene sus contribuciones al día⁷⁵.

Esta grave situación se explica por la falta de regulación y sanciones que presentan los trabajadores informales, en la medida que, como sucede en la mayoría de los casos, al no existir contrato de trabajo se dificulta la prueba de la existencia de una relación de subordinación y dependencia, y el conocimiento por parte de los organismos respectivos.

Entre las medidas implementadas por nuestro país para disminuir la brecha existente en el acceso de beneficios de los trabajadores informales, podemos mencionar que a partir de este año las cotizaciones previsionales son obligatorias para los trabajadores a honorarios, en virtud de la Ley N° 20.255, para pensiones, accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales y de salud. Así, las personas que emitan boletas de honorarios continuarán afectas al descuento del 10% de su ingreso mensual, pero adicionalmente deberán cotizar por el 20% de la renta imponible, para el pago de pensión y salud, al igual que los trabajadores dependientes. Sin embargo, esta medida ha sido muy criticada por los trabajadores a honorarios, señalando que el sueldo bruto que estos obtienen, además de no responder a ninguna escala formal, y no estar afecto al reajuste anual, no será aumentado para cubrir los costos de cotización. Por ejemplo, una persona que gana un sueldo bruto de \$500.000, al efectuar todos los descuentos quedaría con un sueldo líquido de \$321.000, provocando una gran merma en su remuneración.

Con todo, a pesar de existir algunas políticas y medidas para detectar y terminar con este tipo de precariedades, éstas no son suficientes, manteniéndose las brechas de desigualdad y desprotección social, tanto porque el tipo de empleo es precario, como porque el sistema no favorece la protección acorde a un genuino sistema de Seguro Social, como porque, en los casos de existir protección, el no pago de contribuciones dificulta el acceso al sistema y, finalmente, en el caso de no existir un empleo que exija las contribuciones, imponerlas al independiente, puede resultar en una merma remuneracional importante.

⁷⁴ Véase Estudio Cualitativo Chile: Trabajadores informales en el Estado. Proyecto *Health Inequalities, Work and Access to Social Security of Informal Workers*. FLACSO, Santiago de Chile, 2013. Disponible en https://saludtrabajoyequidad.cl/wp-content/uploads/2017/04/Estudio-Cualitativo-Chile_2013.pdf

⁷⁵ Desigualdades en Salud y acceso a la Seguridad Social, cit.