



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

@ced.cl

@ced_cl

Informe N°1407

Políticas Sectoriales

06/10/2021

Seguridad Social: pensiones en contexto de Pandemia y nueva Constitución¹

Hugo Cifuentes Lillo²

Novedades

06/10/2021

Políticas Sectoriales

Seguridad Social: pensiones en contexto de Pandemia y nueva Constitución

23/09/2021

Internacional

Haití: Una respuesta humanitaria fallida

08/09/2021

Sustentabilidad

Desarrollo territorial y Constitución. Un debate necesario

01/09/2021

Economía

Banco Central y su autonomía en la mira, una visión preliminar

25/08/2021

Internacional

El Covid-19 o la fragilidad de los modernos

18/08/2021

Política

Construir legitimidad desde la Convención. Democracia, límites y cultura en la nueva Constitución

Acerca de

Este informe ha sido revisado por el Consejo Editorial de Asuntos Públicos. El contenido no representa necesariamente la opinión del Centro de Estudios del Desarrollo, CED.

©2021 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Introducción: El concepto de la seguridad social

Es preciso partir centrándose en la seguridad social con un concepto más amplio que el solo enfoque en las pensiones. El debate en Chile actualmente está centrado en las pensiones porque es una preocupación fundamental, pero ellas no se pueden entender sino dentro del contexto de la seguridad social. Por lo cual es importante analizar el sistema dentro de una perspectiva más amplia, es decir, si estos se ajustan o no a los criterios de la seguridad social.

Desde el punto de vista jurídico es conveniente distinguir lo que es *la política de la seguridad social* de lo que es el *derecho a la seguridad social*. En una mirada de la política de seguridad social lo que se debe tener claro es que ella es una de las políticas económicas y sociales de cualquier Estado. Una parte de las políticas públicas de todo el país moderno. Hay que decir también, que la seguridad social al ser una política económica y social de los Estados se debe ratificar su importancia y el rol que cumplió en el siglo XX y rol que se espera que cumpla en este siglo XXI. Es conveniente señalar - ya que a veces se olvida - que la seguridad social es uno de los logros de la humanidad en el siglo XX.

No se puede entender el crecimiento económico, el desarrollo social de las últimos 60 ó 70 años sin la presencia y el apoyo de los programas de seguridad social. El derecho se incorpora en el ordenamiento jurídico, como un esencial: derecho humano. Toda persona por ser tal debe acceder a prestaciones de seguridad social, que le aseguren una vida digna.

La seguridad social es desde el punto de vista del derecho un conjunto de principios, normas e instituciones de origen estatal. Estamos frente a un sistema de ordenación estatal que los juristas habitualmente lo entendemos como parte del derecho público, es decir, esas normas que en principio no están disponibles para que cada uno pueda libremente acordar, modificar. El legislador deja espacios a la autonomía de las personas, pero no podemos entender un sistema de seguridad social — y los hechos lo muestran— sin estar sujeto a obligatoriedad, al imperio de la ley.

¹ Este texto es una adaptación de la presentación realizada en el seminario "Diálogos Constitucionales: Seguridad Social y Pensiones" organizado por el Centro de Estudios del Desarrollo, CED, el día 30 de septiembre de 2020.

² Abogado. Doctor en Derecho de Seguridad Social. Académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Superintendente de Seguridad Social.

Por consiguiente, no se puede entender la seguridad social sino como un conjunto de normas de origen estatal, es decir, creadas por el Estado y que su objetivo es otorgar prestaciones de contenido económico. En la seguridad social no hay prestaciones que no tengan un valor económico y su objetivo es atender a las necesidades que nos causa la presencia de una contingencia social.

El ejemplo de las pensiones en la seguridad social

Lo anterior queda claro con el ejemplo de las pensiones. La vejez es aquella disminución de las fuerzas físicas o intelectuales que toda persona vive con el transcurso de sus años y que la lleva en un momento dado, a decidir retirarse del mercado de trabajo aceptando que sus capacidades ya no le hacen posible mantenerse dentro de él, entrando en goce de pensión.

Antes de la existencia de los planes de pensiones la situación era distinta. La persona trabajaba de sol a sombra, desde que tenían fuerza hasta morir. La seguridad social viene a resolver esto por medio de los seguros de pensiones con el fin de que la persona se encuentra en capacidad de decir cuando retirarse. Sin embargo, la ley por razones técnicas y paramétricas define cuándo y bajo qué requisitos se accede a pensión. En el caso de Chile, ello se logra al alcanzar a los 60 y 65 años dependiendo si es mujer u hombre. Estas edades corresponden al concepto clásico de vejez que seguro se debatirá y posiblemente cambie. La seguridad social cada vez con más frecuencia, va adecuándose a las realidades cambiantes de la sociedad y de la economía.

Un ejemplo de esas adecuaciones es la reforma de 1980, que varían estructuralmente -entre otros-, los parámetros económicos que había en ese momento en Chile. Cambios que, por cierto, era estrictamente necesario efectuar y cuya implementación que se había venido retrasando desde fines de los años 50 en el que no se logró avanzar ni los estudios de la Comisión Klein and Sack (1958) ni con el acabado estudio efectuado por la Comisión Prat (1962), ni los esfuerzos que se hizo en el gobierno del Presidente Frei Montalva. En ninguno de los caso se logró hacer el cambio que era necesario concretar, para adecuar los seguros sociales existentes al nuevo contexto de la sociedad chilena y por las graves dificultades financieras y de inequidades existentes entre uno y otro régimen.

Como se ha dicho, la seguridad social otorga prestaciones frente las contingencias que causan un estado de necesidad. El financiamiento de ellas tiene que ver con el modelo contributivo o no contributivo: si lo hace el Fisco, los empleadores, los trabajadores o en fórmulas mixtas. En Chile hay de todo esto, salvo en la parte contributiva de pensiones por capitalización individual.

Si se mira el resto del programa de seguridad social chileno en todos ellos hay mixturas tanto en la administración como en el financiamiento. Quizás no lo hay en la administración en el caso del seguro de cesantía que es entregado en licitación a alguna entidad privada por diez años, pero sí hay mixtura en su financiamiento porque tenemos una cuenta individual, pero a la vez tenemos un fondo solidario.

Producto de la pandemia se ha avanzado en incorporar, por ejemplo, a las trabajadoras de casa particular como parte del seguro de cesantía³. Eso significa que ese 4.11% de cotización que efectúa el empleador para indemnización de estos trabajadores, ahora va a ir en parte a una cuenta individual, en parte a un fondo solidario y en parte a una cuenta de indemnización.

³ Ley N°21.269 que "Incorpora a los trabajadores de casa particular al seguro de desempleo de la Ley N°19.978".

El Poder Legislativo se encuentra hoy, a través de una iniciativa exclusiva del Presidente de la República, avanzando en sistemas solidarios en materia de pensiones. Eso es lo que no se ve en el sistema contributivo de pensiones, además que la administración puede ser pública o privada. En Chile hemos tenido una tradición de administración privada bastante antigua. Desde fines de los años 50 se han constituido entidades privadas que participan en la gestión de la seguridad social, aunque eran y son entidades sin fines de lucro. La discusión se complica cuando se comienza a hablar de las ISAPRES por un lado y de las AFP de otro, donde existe fin de lucro, y si esto es o no posible en un sistema de seguridad social.

Los principios de la seguridad social

Existen ciertos principios que son la base de la institución y sobre ellos se debe sostener la armadura de la seguridad social. Son estos principios que han de darle sentido al derrotero, que es lo que se quiere alcanzar en materia de pensiones, de salud, de accidentes del trabajo, de enfermedades profesionales, de prestaciones para la familia a través de la asignación familiar, por los subsidios por incapacidad laboral asociados a una licencia médica, lo mismo con la *Ley Sana*⁴, el seguro de cesantía y las prestaciones para la maternidad. Entre aquellos temas pendientes, es un reto avanzar en la prestación para la dependencia.

El principio de la *universalidad* tiene que ser por todas las prestaciones. Sobre este punto, siempre se trae a colación las bases del Convenio 102 sobre la Seguridad Social de la OIT del año 1952 que establece cuáles son esas prestaciones básicas. Chile no ha ratificado ese Convenio. En Chile, llegada la ocasión, se tendrá que ver en qué momento lo suscribe. Actualmente tiene dificultades para hacerlo.

Esta universalidad tiene dos dimensiones: es objetiva en el sentido de que son todas las prestaciones y subjetiva porque supone que todos las alcancen. Así como cabe sostener que hay igualdad de trato en materia laboral y todo el que llega a Chile se integra a nuestro sistema laboral conforme a las reglas aplicable a los chilenos, de esa misma manera hay que operar en materia de seguridad social. Es decir, hay que preocuparse cómo los migrantes en nuestro país accedan también a las prestaciones de la seguridad social; y "*cómo cargan en su mochila*", es decir, cómo trasladan las prestaciones, adquiridas o en curso de adquisición por cambio de residencia hacia otro país. Por ejemplo, el traslado de prestaciones que ha generado en Chile un trabajador si cambian su residencia a otro país; o el traslado de los tiempos acumulados para pensiones; o respecto de un chileno que vuelve al país luego de estar fuera.

Un segundo principio se denomina *integralidad y suficiencia*. Sobre este punto existe una dificultad vinculada a la capacidad financiera que tiene cada Estado de otorgar prestaciones que conforme su realidad determina qué nivel de prestaciones otorga. En nuestro país, uno de los más integrales y suficientes instrumentos de nuestros seguros sociales es el de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, porque allí la cobertura para el trabajador o trabajadora accidentado o enfermo es absolutamente integral y sin costo alguno para el trabajador.

Otro principio es la *unidad* en el sentido de no hacer discriminaciones entre sectores y que todos en el mismo rango-niveles alcancen prestaciones similares. ¿Dónde tenemos la dificultad mayor? En los regímenes de las Cajas de Previsión para las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad. Estos regímenes requieren un tratamiento especial, pero no debe ser tan distinto del resto de la población. Este es un reto y hay que

⁴ Ley N°21.063 que "Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el Código del Trabajo para estos efectos".

resolverlo en su momento, la sociedad chilena tiene que enfrentar la situación de estos regímenes especiales.

La *solidaridad* es una base de la seguridad social. Este principio se materializa a través del compromiso de la comunidad entera con quienes más necesitan o a quienes no alcanzan sus prestaciones por razones que escapan a ellos. En este contexto la comunidad debe hacerse cargo de sus necesidades. Allí se tiene un debate no menos interesante que seguramente va a continuar y que estará siempre presente en cuanto a la intensidad de lo contributivo y lo no contributivo asistencial.

Por último, el principio de la *evolución progresiva de los derechos*, es decir, si se logra un beneficio o derecho, éste no puede ser retrotraído. Esta es una doctrina y jurisprudencia que ha ido ganando mucho espacio. Al respecto, se puede revisar con cuidado el fallo de la Corte Constitucional Colombiana, que del punto de vista del estudio jurídico es muy interesante en cuanto a la evolución de la protección social.

Un punto importante es la *sostenibilidad*, es decir cuándo se define evolucionar y crear un nuevo beneficio. Por ejemplo, el seguro de dependencia. Es importante definir cómo se va a sostener permanentemente, de lo contrario queda en una promesa plasmada en una bonita legislación que no logra hacerse carne en las prestaciones que las personas pueden alcanzar a recibir.

Rol del Estado en la seguridad social

El Estado crea, organiza, promueve, regula, supervigila y gestiona el sistema de seguridad social. Esto es así porque estamos frente a normas de orden público y que, de carecer de obligatoriedad, pierden su eficacia. Esto queda claro en el caso de los independientes que emiten boletas de honorarios: el Decreto de Ley N°3.500, de 1980, originalmente dejó a voluntad de la persona su incorporación y se creyó que dada las características que tenía el modelo todos se iban a incorporar. En 2008 cuando entregó en vigor la primera reforma en esta materia en el gobierno de la presidenta Bachelet, sólo un 3% de los independientes se habían afiliado. Otro caso es el de seguro de cesantía: los trabajadores que no se afiliaron voluntariamente en el plazo de voluntariedad establecido en la ley, no tomaron prestaciones de protección al empleo. Entonces, por esas y otras diversos e importantes fundamentos, sin obligatoriedad no funciona la seguridad social.

¿El Estado tiene que gestionar todo? No necesariamente. Como se explicó previamente, en Chile hay una tradición de gestión compartida entre entidades públicas y privadas. Lo que no puede suceder, es que el Estado se desentienda absolutamente del deber de gestión. En esta línea aparece la cuestión de la relación entre la solidaridad y la subsidiariedad. Cabe la pregunta si están en conflicto o más bien habría que preguntarse cómo conviven estos dos principios, que por lo demás, en la Constitución vigente no están mencionados.

En la Constitución vigente pareciera que se sustenta con mayor fuerza el principio de la subsidiariedad donde se espera que el Estado sólo sea el guardián, el que promueve y actúe cuando los privados no están. Este principio implica que la sociedad toda o el Estado como organismo jurídico de ella ejerce facultades de interés general, es decir, permitiendo y apoyando que los individuos o los grupos sociales puedan actuar por sí mismo. Esto, en tanto la actividad de que se trate no corresponda a aquellas que el ordenamiento jurídico reserva al Estado por ser conveniente al interés público y el bienestar de la población.

La iniciativa privada siempre es posible y hay que fomentarla por la vía de la participación en la gestión de regímenes de seguridad social, especialmente los complementarios, pero no debe anteponerse al interés público que al Estado le corresponde velar.

Por último, cuando hablamos de seguridad social hay que tener presente cuál es la población que está protegida, qué contingencia están aseguradas, cómo se financia y cómo se gestiona.

Frente a cada régimen es posible preguntarse, sobre el rol de Estado, de los gestores, de las prestaciones, a quienes alcanza y como se financian: Por ejemplo, respecto del seguro de cesantía, nos preguntamos ¿cuál es la población? y como se han ido incorporando nuevos grupos de sectores, como es el caso de las trabajadoras de casa particular,

Las prestaciones de seguridad social en el contexto de la pandemia COVID-19

Durante el periodo de pandemia y sumado a las consecuencias del estallido social, se ha puesto a la seguridad social en un primer plano. Sus instrumentos se conviertan en un mecanismo para enfrentar la falta de empleo y la suspensión de él. Los recursos que ha acumulado la seguridad social, especialmente por la vía de la solidaridad en el caso del seguro de cesantía han sido importantes a estos objetivos.

Esto ha permitido - quiérase o no, con muchas observaciones y quizás reserva de muchos de nosotros cuanto a la desviación de los objetivos de la seguridad social - que las personas puedan enfrentar la situación de pandemia. Se usan recursos de la seguridad social para hacer protección social porque la cobertura de una pandemia no estaba definida como una contingencia social a ser cubierta en parte por el seguro para desempleo⁵. El retiro del 10% de los ahorros previsionales tampoco es seguridad social, sino un recorte a la misma. Es posible concluir que el sistema de capitalización individual chileno no sólo está pensado en pensiones, porque ya el legislador acordó tomar una parte de él para fines de contingencia social. Esto no es novedoso en la región iberoamericana, en una línea similar ha actuado Perú. Ello no sería posible en sistemas de pensiones de solidaridad social, habría que recurrir a otro tipo de recursos fiscales.

Reflexiones finales para el debate de una nueva Constitución

La Constitución vigente separa la garantía de la seguridad social (artículo 19 N°18) de la garantía del derecho a la salud (19 N°9). Ambos derechos tienen garantía distinta, el numeral 9° asegura el acceso a las acciones de salud como prevención, promoción, curación, rehabilitación. El sentido es correcto ya que no es posible asegurar la salud sino el acceso a las prestaciones de salud. Por separado se trata el aseguramiento de la seguridad social y en términos escuetos, pero no débiles. Conforme a esta norma son posible todas las reformas que el país necesita efectuar. La dificultad mayor se encuentra en que el aseguramiento de los derechos sociales en general encuentra poco "respaldo" en el texto vigente.

En una visión más de un Estado de derecho, democrático y social habría que replantearse cuál es el rol del Estado. Lo anterior, teniendo en cuenta que es posible establecer cotizaciones obligatorias; la administración pública con la invitación a participar de los privados es absolutamente posible y es consistente con la tradición chilena y la cultura de la seguridad social en nuestro país.

⁵ Junto a Marco Vásquez analizamos esto en el Informe n° 1.383 de Asuntos Públicos: "El retiro del 10% en el sistema de pensiones chileno: ¿Protección o Seguridad Social?" publicado en agosto de 2020.

En todo caso, la OIT (Montt y Coddou, 2020) al referirse a la seguridad social en la Constitución vigente, concluye que existe un rol limitado al Estado que omite explícitamente menciones sobre la suficiencia y solidaridad en materia de seguridad social; visión que contrastaría con el nivel de desarrollo, detalle y garantía que ha tenido el derecho a la seguridad social en otras Constituciones del mundo, en particular en aquellas redactadas a partir de 1990.

El constituyente de 1980al no precisar el contenido exacto de la seguridad social ha dejado al Tribunal Constitucional y a las altas cortes de justicia resolver este punto. Respecto a ello nuestros tribunales han dicho que en Chile el concepto de seguridad social está definido y su contenido viene dado por los principios que son propios de la seguridad social. Reconoce el derecho y ha establecido que no hay necesidad de explicar los principios o requisitos por cuanto estarían de algún modo señalados o contenidos en el concepto mismo. Otra cosa, por cierto, es cómo eso se explícita en el sistema de pensiones.

Tengo confianza en el proceso constituyente y en el trabajo del proyecto constitucional que Chile requiere, necesita y lo ha pedido por tanto tiempo. Debemos colaborar desde el espacio que cada uno tiene. Por ejemplo, a través del denominado "Grupo de los 24", a fines de los '70, hubo un esfuerzo enorme por construir un proyecto alternativo de Constitución y perduran allí hay algunas bases muy importantes que habría que recordar en su momento.

Sobre el contenido de la seguridad social en una nueva Constitución, corresponde utilizar el concepto de vida digna como el corazón de la seguridad social. Hay que mirar cómo nuestra Constitución recoge de una manera adecuada este fin de la seguridad social relacionado con la vida digna, compatibilizándolo con los requerimientos que hace el mundo de la economía. ¿Cómo se hace posible que las políticas públicas, las políticas fiscales se acerquen a este principio y a este fin de la seguridad social y que además vaya acompañando el crecimiento económico del país acompasado con una mejoría en la seguridad social de una manera equilibrada y sin grandes iniquidades? ¿Cómo se puede ofrecer jurídicamente esto a la sociedad chilena?

Sobre la iniciativa exclusiva en materia de seguridad social del Presidente (a) de la República ante el Congreso, soy partidario de mantener esta exclusividad en materia de seguridad social. Esto fue un logro del derecho chileno a fines del gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva al incorporar esta norma a la Constitución. La forma de solucionar el excesivo presidencialismo es otra, por ejemplo, el caso español, donde el Parlamento pueden tener la iniciativa y si se decide rechazar el proyecto se tiene que fundar expresamente por qué el presidente no lo patrocina. La unidad del sistema es importante mantenerla. Los riesgos que vivimos con nuestro sistema de pensiones han tenido que ver mucho con esta relación entre ambos poderes del Estado.

Finalmente, quisiera hacer énfasis en otro punto referido a la participación social. Existen muchos aspectos de la seguridad social que no deberían quedar entregados al legislador. Por ejemplo, algunas materias como los parámetros de la seguridad social. Ellos, como la edad y la tasa de cotización, entre otros, deberían - dentro de un marco que dé el legislador - ser definido por un ente de alto nivel que pueda tomar decisiones con independencia a fin de ajustar, adecuadamente dentro de márgenes bien precisos, los elementos de edad, de tasa de cotización, base de cálculo, etcétera.