



UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES
AUTÓNOMA

UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES FACULTAD DE DERECHO

DECLARACION Y NO PAGO DE COTIZACIONES

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: Alejandro Alarcón

ALUMNOS: Hans Villalobos Cárdenas
Valeska Oyarce Peña

2014

INTRODUCCIÓN

Un mes antes de que en mayo de 2005 se promulgara la ley N° 20.022 que crea los nuevos Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional, el Ministro del Trabajo de aquella época, Ricardo SOLARI, estimó que la llamada «deuda previsional» de los empleadores con los trabajadores, - representada por los dineros que son retenidos de sus remuneraciones por concepto de cotizaciones previsionales, pero que luego estas, no son enterados en las instituciones correspondientes -, había ascendido durante el 2004 a la suma de \$ 603.910 millones, lo que representaba un aumento de alrededor de \$141.470 millones respecto del año 2003.

Por su parte, la Central Unitaria de Trabajadores, en una presentación hecha ante el Consejo que estudiaba la Reforma Previsional en abril de 2006, sostuvo que ella, según un estimativo para el 2005, ascendía en total hasta \$325.000 millones, cifras que no requieren un profundo análisis para darse cuenta lo elevadas de estas.

Atendiendo a la gravedad que representa para un trabajador, tener grandes lagunas previsionales, que tendrá consecuencias en la época en que se determine la pensión de jubilación.

A lo anterior el hecho se suma el hecho de no poder acceder a determinadas prestaciones como prestaciones de salud, por no pago o declaración de cotizaciones previsionales al Sistema de Salud, FONASA o ISAPRE, la ley ha establecido diversos mecanismos, cuya misión es evitar la ocurrencia de estos escenarios, disuadiendo por la vía legal que se incumplan las obligaciones previsionales.

Dentro de estos mecanismos que contempla la ley, sin duda, los que representan un mayor gravamen para el empleador, son aquella

posibilidad de verse privado de libertad, en caso de no dar cumplimiento a las disposiciones legales que le imponen ciertas cargas relacionadas con el pago de las cotizaciones, las cuales, dicho sea de paso, no recaen sobre dineros de su propiedad, sino respecto de aquellos que ha retenido previamente de la remuneración del trabajador, y que por tanto le pertenecen sólo a este último.

La tipificación del delito especial de apropiación indebida, responde precisamente a esta búsqueda del legislador, para disuadir al empleador a fin de que entere los dineros que retenidos por concepto de cotizaciones en las instituciones previsionales respectivas; y a su vez, sancionar a aquellos que dolosamente hacen apropiación de estos dineros, manifestando por signos externos su total falta de voluntad para entregarlos, tal y como le impone la ley.

Este delito de apropiación indebida, aparecerá en nuestra normativa, sólo una vez que se dio paso al nuevo modelo previsional — específicamente tratándose del sistema de pensiones—, con el DL 3.500, en que se transitó de un modelo basado en un Sistema de Reparto a uno de Capitalización Individual. Ello, debido a que únicamente en este último, es posible identificar todos los elementos que en general, se exige para que se entienda perfeccionado el ilícito penal en cuestión. Sin embargo, en este caso, el legislador no se conformó con sólo hacer aplicable a este respecto la normativa general ya existente sobre la materia en la sede estrictamente Penal, que se encuentra consagrada en el artículo N° 470 numeral 1 del Código del ramo, sino que se abocó a la tarea de crear una figura especial, consagrada tanto en el DL 3.500 como en la ley 17.322, la cual, si bien en líneas gruesas sigue la misma senda trazada por la norma penal general, en algunos aspectos se diferencia de ella, adquiriendo características propias, que le individualizan.

En el curso de este trabajo, estudiaremos esta figura de apropiación indebida establecida para el ámbito de la seguridad social, exponiendo especialmente aquellos elementos que le dan su carácter propio, distanciándola de la figura penal general. Para ello, en una primera parte, señalaremos cuáles son las obligaciones que el nuevo sistema —vigente desde

principios de los años '80—, le impone a los empleadores, y las sanciones que a este respecto se disponen para el caso del incumplimiento. Una vez hecho esto, a continuación se abordará el estudio de la figura de la apropiación indebida general del artículo 470 del Código Penal, para finalmente abordar, en el Capítulo III de esta memoria, el tratamiento particular y pormenorizado de la figura especial de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, consagrado en la órbita de la seguridad social.

Dada la muy escasa bibliografía existente sobre este tema en específico, el método al que recurriremos para realizar nuestra labor, será principalmente el estudio de la legislación actualmente vigente y de las soluciones dadas por la jurisprudencia, especialmente para aquellos casos más problemáticos o de más difícil solución.

Asimismo, cada vez que ello sea necesario, recurriremos al contraste entre la figura penal general y la especial del ámbito previsional, a fin de ilustrar de mejor manera, y en la medida en que sea útil, la interpretación más adecuada que debe hacerse de las normas del artículo 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322, a la luz de lo ya señalado por la legislación y la doctrina para la figura general del ámbito penal, por cuanto entre ambas existen muchos elementos en común, y es en esta última donde el estudio y análisis de la figura típica de la apropiación indebida se encuentra mucho más adelantado, a diferencia de lo que ocurre en sede de la seguridad social, en que este ilícito casi no ha sido abordado por la doctrina.

Finalmente, en las conclusiones de este trabajo, expondremos lo que es nuestra opinión general, respecto de la forma en que nuestra legislación ha abordado esta materia, intentando identificar ciertos nudos conflictivos que, a nuestro juicio, existen en la forma como se ha hecho el tratamiento legal de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales; proponiendo a su vez cuáles con las modificaciones que, a nuestro entender, resultan necesarias hoy por hoy a fin de dar cumplimiento a los objetivos que se han buscado con el establecimiento de este ilícito penal.

La declaración y no pago de las cotizaciones provisionales, si bien no es un problema reciente ni único en el sistema provisional chileno, es un problema que afecta tanto a los trabajadores como al sistema en sí y aun cuando se ha tratado de evitar de muchas formas sigue siendo de difícil solución. La promulgación de la Ley 19.631, también conocida como Ley Bustos, ni las modificaciones realizadas a la Ley 17.322, de Cobranza Judicial de Cotizaciones Previsionales, y las demás modificaciones legales enmarcadas dentro de la reforma laboral, han logrado terminar con la incobrabilidad de las cotizaciones dentro del sistema, que si bien ha disminuido por la existencia de las leyes ya citadas, aún deja lugar a que exista un porcentaje de las cotizaciones que son retenidas por los empleadores y que nunca son enteradas en las cuentas individuales de los trabajadores. Existen una serie de situaciones por las cuales las cotizaciones retenidas por el empleador nunca llegan a ingresar a los fondos de los afiliados al sistema, y que siendo de poca monta no poseen gran injerencia en los ahorros provisionales de los afiliados ni en el sistema previsional en su conjunto, pero en caso de tornarse en una situación más cotidiana podría llegar a derrumbar todo el sistema, o bien debilitarlo de tal manera que su funcionamiento sea menos eficaz o bien que los costos de dineros que han sido apropiados indebidamente por el empleador deban ser asumidos por el Estado, lo que significa que son asumidos por toda la sociedad en definitiva.

Por todo lo señalado, cabe preguntarse ¿Cuáles son las situaciones que permiten que aún exista un margen de incobrabilidad en el sistema?, ¿En quién recae el costo de esta incobrabilidad?, ¿Cuáles son los efectos de la incobrabilidad en los ahorros provisionales de los afiliados?, ¿Cuál puede ser el efecto en el sistema previsional en su conjunto en caso de aumentar el porcentaje de incobrabilidad previsional?, ¿Cuáles son y quienes deben ejercer las acciones para evitar la incobrabilidad? y aún más, ¿pueden considerarse como suficientes y efectivas las medidas para evitar los problemas derivadas de la incobrabilidad previsional?.

Comenzaremos este trabajo haciendo una breve reseña a la creación y causas del actual sistema previsional chileno, realizando un estudio y análisis de los principios formadores de éste y de cómo se ven plasmados en el D.L. 3500 y la legislación complementaria del tema, especialmente la Ley 19.631 y la Ley 17.322.

Luego estudiaremos y analizaremos cómo funciona el sistema, sus bases y pilares fundamentales, especialmente la cotización obligatoria, la obligación que tiene el empleador de retener y enterar en la Administradora de Fondos de Pensiones, y realizaremos un análisis de la Declaración y no pago de cotizaciones previsionales. Posteriormente estudiaremos y analizaremos el sistema de cobranza previsional vigente, deteniéndonos especialmente en la Ley 17.322 de cobranza judicial de cotizaciones previsionales, los sujetos involucrados, posibles inconvenientes relacionados con el tema derivados del procedimiento de cobranza, el actuar de la administradora en la cobranza de cotizaciones, estudiando y analizando las herramientas con las que cuenta el trabajador para procurar, por parte de la administradora, el cobro de las cotizaciones previsionales que no han sido enteradas por el empleador; para terminar el tema de la cobranza previsional, analizando la posible negligencia de la Administradora en el cobro de estas, sus alcances, efectos y limitaciones.

A continuación, trataremos en específico la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, señalando sus motivos, sus posibles efectos en el trabajador y en el sistema, para abocarnos especialmente en las razones por las cuales se puede llegar a declarar incobrable una cotización previsional, como por ejemplo: la falta de emplazamiento del demandado, y los efectos que tiene esto sobre los medios coercitivos para lograr el pago de lo adeudado; analizaremos asimismo, la acción penal asociada al no pago de cotizaciones, la prescripción tanto de la acción penal como civil de cobro, y analizaremos la situación de incobrabilidad que se produce en la quiebra cuando habiendo oportunamente verificado los créditos en está, se vuelven incobrables, por no ser pagadas con los

bienes de la quiebra al aplicarse las normas de la prelación de créditos, principalmente por no haber bienes suficientes dentro de la masa de la quiebra.

Por último, se analizarán los efectos que posee la incobrabilidad en los trabajadores y en el sistema, atendida la Indefensión del trabajador, y la posible existencia de un vacío en la Legislación laboral Chilena, se pretende estudiar posibles soluciones a los problemas planteados y sus reales efectos en caso de su aplicación, como por ejemplo limitar las declaraciones y no pago de las cotizaciones previsionales, ver formas de desincentivar la declaración y no pago de cotizaciones, aumentando los costos para el empleador al realizarlas, analizaremos las posibles implicancias en las quiebras de empleadores que no posean al día las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, entre otras medidas, y los fundamentos de cada una de ellas.

En el presente trabajo, se pretende dilucidar las preguntas que se generan de estos estudios y análisis, ver algunas soluciones como las anteriormente mencionadas, para evitar que tanto los trabajadores como la sociedad toda, se vea perjudicada en sus intereses por la apropiación indebida de dineros, que minan no solo los ahorros previsionales de los trabajadores, si no que el sistema en general, y por sobre todo pretende ser un pequeño aporte al perfeccionamiento del sistema, dando un punto de vista distinto sobre cómo evitar el daño que produce la incobrabilidad a los trabajadores y al sistema.

CAPITULO I

1.- EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO

- Reseña Histórica.

En nuestro País, los primeros indicios de un sistema previsional los encontramos en dos senado consulto, que regulaban la previsión de los empleados civiles de la administración Pública, que datan de 1820 y 1832. Posteriormente, en 1855 se dicta la Ley de montepío militar, y tres años después (1858) se fundó la Caja de Ahorro de Empleados Públicos. Luego a inicios del siglo XX, en 1924 se dicta la ley N°4.054 de seguro obligatorio, creándose la Caja de Seguro Obrero, antecesor del Servicio de Seguro Social, ese mismo año se dicta una Ley de accidentes del trabajo (Ley N°4.055) modificando la ley anterior que era del año 1916.

El año 1925 se crea la Caja de Previsión de los Empleados Particulares, nace la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas.

Con los años esta legislación fue en aumento, configurando un complejo y desigual sistema de seguridad social en Chile, basado en un sistema de reparto por área de actividad de la economía, así en 1938, se promulga la ley de Medicina Preventiva (ley N° 6.174); en 1952, se dictan las leyes N°10.383, de Previsión Social para Obreros, la cual reforma la ley N°4.045, ya mencionada, y crea el Servicio de Seguro Social y el Servicio Nacional de Salud y la Ley N°10.475 para los Empleados Particulares.

En 1968 se dicta una moderna legislación sobre Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (Ley 16.744) y una ley sobre Medicina Curativa. Como se muestra en los párrafos anteriores durante largo tiempo se promulgaron muchos estatutos dispares y así surgen múltiples regímenes para distintos grupos de trabajadores, los unos muy diferentes de los otros.

A principios de 1980, se dictó el DL 3500, como resultado de una necesidad de modificar el sistema de previsión en nuestro país, y que plasmó su contenido en esta norma legal que posee una influencia neoliberal propia de esa etapa histórica.

La previsión chilena se encontraba francamente en decadencia, se había convertido en un sistema inoperante, injusto, discriminatorio y por sobre todo extremadamente oneroso para el Estado.

Por ser un sistema de reparto, el trabajador cotizaba durante su vida laboral para financiar a la población pasiva, y sus pensiones dependían de factores externos, y muy poco a su propio desarrollo, era un sistema que funciona bajo la lógica que las personas dependen del Estado, y del grupo al que pertenecía ya que sus condiciones de pensión estaba íntimamente ligada a la fuerza de presión que ese grupo tenía dentro de los gobernantes, siendo en definitiva los gobernantes de turno quienes decidían qué grupos tenían tales o cuales condiciones para jubilar.

Esto produjo que al año 1980, en esa época funcionaban 30 Cajas de Previsión, encargadas de la administración de aproximadamente 100 regímenes previsionales diversos, y como ya se dijo altamente desigual dependiendo del poder de cada grupo. Además, en muchas ocasiones estas condiciones eran distintas, resultando francamente discriminatorias, y en general no tenían relación con los aportes que el trabajador realizaba al sistema durante su vida laboral, todo ello provocaba que los trabajadores evadieran el pago de cotizaciones, por ejemplo disminuyendo en sus declaraciones sus ingresos y por lo tanto rebajando su aporte al sistema, pero al momento de jubilar ocuparan leyes especiales para poder mejores condiciones de pensión, traspasando el costo de estos beneficios a la masa laboral activa, que posiblemente realizaría el mismo juego de poco aportar al sistema y obtener beneficios traspasando sus costos a la siguiente generación de trabajadores, esto provocó un desequilibrio en la balanza del sistema, desequilibrio que debió asumir el Estado.

José Piñera, reconocido como una de las figuras claves en el proceso de reforma previsional que derivó en el DL3500, señala al respecto “Es natural que cuando las personas están adscritas a un sistema en que sus contribuciones no tienen nada que ver con los beneficios, su comportamiento va a ser minimizar aquellas y maximizar estos últimos. Por lo tanto, frente a esta realidad la población intentará, por un lado, evadir el pago de cotizaciones, disminuyendo sus declaraciones de ingresos y, por otro, beneficiarse con leyes especiales, jubilaciones prematuras, préstamos subsidiarios, o lo que fuera a fin de maximizar los beneficios” **(1)**.

Este incentivo a la evasión se veía acrecentado por el hecho que al computar sólo los últimos años de imposiciones para determinar el monto de la jubilación, el trabajador imponía sólo el mínimo exigido y por el salario mínimo vigente con el objeto de obtener una remuneración líquida mayor, con menores descuentos previsionales, tomando en cuenta que son las cotizaciones las que sostenían el sistema, después al llegar al periodo donde se empieza a computar los años que en definitiva dentro de ese sistema determinaban el monto de la pensión se cotizaba sobre una renta mayor a la efectiva, lo que era claramente un fraude al sistema y que lo llevo a su destrucción, porque ese desequilibrio lo asumió el Estado.

Lo señalado a este respecto se daba con mayor frecuencia en los sectores de ingresos más altos por la sencilla razón que quienes poseían ingresos más bajos ya se encontraban en el piso mínimo exigido de cotizaciones durante la mayor parte de su vida laboral, y al llegar al periodo en que se computaba su remuneración para el Cálculo de la pensión no poseían una capacidad económica para efectuar imposiciones superiores a la de su renta efectiva.

El antiguo sistema (anterior al DL 3500), aunque poseía una vasta legislación se convierte en extremadamente desigual principalmente por ser

un sistema notoriamente regresivo, ya que llegó a configurar un esquema en el cual los sectores que poseían menores ingresos dentro de la sociedad, realizaban un mayor aporte al sistema y obteniendo como contrapartida menores beneficios y debiendo cumplir estrictos requisitos para pensionarse en comparación a otros grupos de la sociedad que poseían mayores ingresos. Pero todo lo señalado, podemos decir, a grandes rasgos, que la administración del antiguo sistema poseía los siguientes defectos: a) multiplicidad de organismos previsionales, que eran altamente dispares entre sí, b) falta de relación directa entre lo cotizado por cada trabajador y la pensión que este recibía al pensionarse, c) la existencia de una gran burocracia, con una sobrecarga de trabajo en las instituciones de previsión, d) un alto costo para el Fisco, que debía realizar altas transferencias de fondos al sistema para cubrir el alto déficit que poseía.

Cabe señalar que ya en el gobierno de Eduardo Frei Montalva, se envió al Congreso Nacional de la época un proyecto de ley que contenía normas para modificar el sistema imperante de previsión, el cual no fue aprobado, que contenía en su mensaje una denuncia del porque se malograba el esfuerzo del sistema de proteger a los necesitados, señalando entre las principales causas: a) Los elevados gastos de administración; b) El pago, en forma de beneficios previsionales, de privilegios irritantes; c) Pago, en forma de beneficios previsionales, cuando no existen verdaderos estados de necesidad que atender, como es el caso de las miles de pensiones prematuras que se han otorgado; d) Se ha permitido la selección de grupos, normalmente de más altos ingresos, los que se han reunido o permanecen reunidos, justamente para repartirse entre ellos mejores beneficios previsionales, con graves detrimentos o perjuicio de la solidaridad nacional y de las efectivas necesidades de los más desvalidos y pobres; e) Por la injusta distribución de los recursos del sistema.

En cuanto a las bases del sistema que proponía el Ex Presidente Frei Montalva, éste se sustentaba en un régimen único y uniforme que permitía gozar de pensión de vejez a los 65 años de edad en el caso de los hombres y a los 60 años de edad en el caso de las mujeres, con posibilidad de

efectuar rebajas por trabajos pesados o labores en ambientes tóxicos. Bases que fueron recogidas en el DL 3500.

Todo lo señalado llevo a que fuera estrictamente necesaria una reforma previsional y que se fundara en nuevos principios, esta reforma se plasmó en el ya mencionado DL3500, el nuevo sistema según sus creadores tendría su base en la libertad de opción, según el mismo José PIÑERA, “iba a basarse en la capitalización individual: libertad para entrar o no al nuevo sistema y libertad para elegir en forma soberana la institución donde canalizar los ahorros previsionales de cada trabajador” **(2)**, de estas palabras se deduce claramente los tres puntales básicos del sistema consagrado en el DL3500, a saber:

- 1) Capitalización individual,
- 2) una institución de ahorro previsional, y
- 3) libertad de elección del trabajador para determinar en cuál de estas instituciones ahorraría.

Claramente el nuevo sistema pretendía relacionar en forma directa las propias cotizaciones del trabajador con los beneficios al pensionarse, para evitar el fraude que existía en el antiguo sistema y que lo llevo a su destrucción.

Por todo esto llegamos a la existencia del nuevo sistema de previsión, que analizaremos a continuación.

Principios formadores y legislación.

El DL3500 es el cuerpo legal base del nuevo sistema de previsión en Chile, como ya se ha dicho, posee una serie de principios formadores algunos que se ven ya propuestos en el proyecto de reforma previsional del gobierno del Presidente Frei Montalva, y otros agregados por el proyecto definitivo de la reforma previsional de principios de la década de los ochenta, con una fuerte inspiración neoliberal, entregando a los privados la administración de los fondos

de ahorro para financiar las pensiones de los trabajadores, que serían individuales para cada trabajador, es decir, el trabajador ahorraría en una cuenta personal, para financiar su propia pensión al momento de dejar su vida laboral activa.

Por lo cual podemos señalar que los principios formadores del sistema son los siguientes: Capitalización individual, Universalidad, Libertad y administración Privada.

Explicaremos a continuación cada uno de estos principios.

CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

Una de las principales características o principios formadores del sistema es la Capitalización individual de los trabajadores para financiar su pensión, es decir que el sistema se financia a través del ahorro individual que realiza cada trabajador en una cuenta propia, generando una relación directa entre el aporte y beneficio, situación que desalienta la evasión por parte de los trabajadores, que fue uno de los grandes problemas que socavo el antiguo sistema de pensiones. Así lo señala, José Piñera, al señalar “El Sistema de Capitalización individual es el único que relaciona los beneficios que el sistema proporciona con los esfuerzos que realicen los trabajadores durante su vida laboral activa” **(3)**.

Cabe señalar que este sistema de capitalización individual se complementa con un seguro que posee el fin de financiar las pensiones de aquellos trabajadores que por distintas razones de la vida queden en estado de invalidez o bien fallezcan prematuramente, no alcanzando a poseer fondos suficientes en su cuenta individual para financiar su pensión o la de su familia sobreviviente.

De esta manera podemos señalar que la Cotización es la principal obligación que tiene el trabajador afiliado al nuevo sistema de pensiones y que se aplican sobre la remuneración en el caso de los trabajadores

dependientes y sobre la renta declarada en el caso de los trabajadores que ejercen de manera independiente. Asimismo se puede señalar que dicha cotización es de cargo del Trabajador, por ser descontada de su remuneración, y que se pueden dividir en cotizaciones obligatorias y cotizaciones voluntarias.

Las cotizaciones obligatorias van a la cuenta individual y la cotización adicional.

La Cotización individual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del DL3500, es aquella que le corresponde realizar a los trabajadores afiliados al sistema que sean menores de 65 años en el caso de los hombres y 60 en el caso de las mujeres, los cuales se encuentran en la obligación a cotizar un 10% de sus remuneraciones (o rentas imposables en el caso de los independientes), estas se enteran en una cuenta de capitalización individual que cada trabajador posee en una administradora.

La Cotización Adicional, es aquella que de acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo 17 del DL3500, todo trabajador se encuentra obligado a pagar en un porcentaje de su remuneración o renta imponible, a la administradora para cubrir su financiamiento y el pago de la prima de seguro que las administradoras deben contratar para cubrir el aporte adicional que estas deben realizar para concurrir al financiamiento de las pensiones de invalidez o de sobrevivencia cuando sea el caso otorgarlas. Esta cotización Adicional es determinada libremente por cada administradora.

Las Cotizaciones voluntarias, son aquellas que el trabajador puede cotizar voluntariamente hasta el 20% de la remuneración o renta imponible, para ser ingresadas a su cuenta de capitalización individual, con el fin de aumentar la cantidad de fondos ahorrados al momento de jubilar y que son de importancia.

Cabe señalar a este respecto, que en el caso de los trabajadores independientes no es obligatorio la cotización, esto mayormente por

que atendido que es el propio agente retenedor y obligado a declarar, si este no declara no es posible conocer el monto de sus rentas.

Ese momento para realizar el cálculo de la pensión, que como se ha dicho está íntimamente ligada al monto ahorrado.

UNIVERSALIDAD.

Como ya se ha señalado en el antiguo sistema, existían diferentes condiciones para distintos grupos de trabajadores, que mediante la presión consiguieron rebajas de edad, disminuciones de cotizaciones, aumentos de pensiones, etc. Todo ello produjo la coexistencia de distintos regímenes que se traducían en injusticias e ineficiencia.

Para terminar con esta situación y no volver a cometer el mismo error, el nuevo sistema consagra que se aplicara a todos los trabajadores del país, y que sean estos los que en caso de poseer necesidades especiales ajusten su pensión a estas a través de su esfuerzo personal, en gran medida realizando cotizaciones voluntarias.

Se debe señalar en este punto, que la Fuerzas Armadas se encuentran fuera de este sistema y no por razones de discriminación arbitraria o privilegios especiales a estos funcionarios públicos, si no por razones de gran peso, ya que no es conveniente para el País y su seguridad nacional dada la posición geopolítica que posee, que datos de contingentes y funcionarios estén en manos de privados que son los que administran el sistema, además de cumplir funciones distintas a los civiles, en condiciones diferentes y bajo una cadena de mando alejada de la vida civil, esto es mencionado por José Piñera, "Es cierto que la previsión de los uniformados plantea requerimientos singulares. No es conveniente, según se me decía, que entidades previsionales privadas manejen información sobre contingentes y dotaciones de tropa en los distintos cuarteles del País. No es lo mismo un seguro de invalidez y sobrevivencia para empleados civiles que para los soldados en tiempos de guerra.

No era lo mismo la jubilación anticipada de los uniformados por razones de servicio que la practica viciosa de las jubilaciones prematuras del antiguo sistema previsional, obtenidas por medio de privilegios.” (4), al comentar la negativa de los Generales encargados de la previsión de las fuerzas armadas, en que los miembros de estas instituciones pudieran ser incluidos en el nuevo sistema que incluía la administración por parte de privados que incluso pueden no ser nacionales. Además, Piñera en el mismo libro citado, señala que esos mismos generales le hicieron presente que La Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA), no dependía de su cartera (Ministerio del Trabajo) si no del Ministerio de Defensa, por lo cual, no correspondía tratarlo dentro de la reforma.

Esta universalidad obligó a que se creara un sistema de transición al nuevo modelo previsional, comenzando con el DL N° 1448 de 1979, el cual disponía que las pensiones de los diferentes estatutos serían consideradas de antigüedad, excluyendo sólo aquellas por invalidez, disponiendo además, sistemas transitorios de cumplimientos de edad y años de servicio para los afiliados que al momento de su dictación, se encontraban próximos a pensionarse por años de servicios.

Asimismo posteriormente al entrar en vigencia el nuevo sistema se estableció en el DL 3502 artículo 1 inciso final, que el INP asumirá también la administración de los regímenes de prestaciones de las instituciones previsionales que se fusionen en el futuro, la fusión de las entidades que componían el antiguo sistema en el INP, se logró en definitiva con la dictación de la ley N° 18698 de 1988, que señala que el INP será para todos los efectos legales la continuadora de las cajas de previsión fusionadas y, por consecuencia, sus bienes pasan a formar parte del Patrimonio del INP, y se incluye además la norma que señala que toda referencia legal o reglamentaria que se realice a las cajas fusionadas se entenderá que se hace al INP.

Libertad

Como sabemos los sistemas previsionales deben atender las necesidades de las personas cuando estas pierden su fuente de ingresos ya sea por vejez, invalidez o muerte, y en el nuevo sistema de pensiones, se exige la cotización obligatoria a todos los trabajadores (tema ya tratado), pero reconoce que las necesidades de las personas son disimiles entre unas y otras, por ello la ley consagra la libertad a los trabajadores para tomar determinadas decisiones en el tema previsional. Por lo cual, podemos indicar que si bien el sistema posee una serie de normas que limitan la libertad, como son la existencia de cotización obligatoria y el que todo trabajador debe estar incorporado al sistema, esto es por una razón netamente de procurar que en el futuro esos trabajadores no sean una carga para el Estado y por ende una carga para la sociedad toda.

Así, podemos señalar que el nuevo sistema establece muchas normas que demuestran esta libertad, entre ellas podemos mencionar, la existencia de una cotización mínima del 10 %, pero da la posibilidad de que los trabajadores puedan realizar cotizaciones voluntarias por un porcentaje mayor, con un limite predeterminado, y con beneficios especiales, como ya se ha señalado al tratar el tema de la cotización individual. Poseen además, libertad en cuanto a la elección de la administradora de fondos de pensiones que guardara sus ahorros, el monto de la pensión, como ya sabemos depende en gran medida de la buena administración de los fondos ahorrados por los cotizantes, por lo cual es de justa razón que los trabajadores puedan elegir aquella administradora que estime más adecuada para este fin, tomando en cuenta que el sistema fue creado para que existan muchas administradoras de modo que sea el mercado quien regule mediante la competencia lo que cada una ofrece al trabajador, pudiendo este cambiarse de administradora si lo estima conveniente. Asimismo, el trabajador posee libertad para elegir una modalidad de pensión, según sus necesidades, ya sea que los fondos ahorrados en la administradora, los ocupe para obtener una pensión de vejez normal, obtener una pensión anticipada, ocupar dichos fondos para comprar una renta vitalicia, entre otras posibilidades

que permite el sistema y que se explicaran más adelante. Por último cabe señalar que al comenzar a regir el sistema se dio la libertad a los trabajadores que ya estaban en el antiguo sistema de incorporarse o no al nuevo sistema. Por todo esto se indica que la libertad es uno de los principios básicos y fundamentales del nuevo sistema.

Todo lo anterior nos muestra que la libertad es una base del sistema establecido por el DL3500, pero que cuenta con los límites a esa misma libertad para que todo trabajador tenga ahorros para poder cubrir sus necesidades previsionales en su justo momento, más cuando en nuestra sociedad no existen hábitos de ahorro privado lo suficientemente importantes para entregar esta libertad en forma absoluta a las personas.

Administración Privada.

Como ya se ha mencionado, una de las características principales del nuevo sistema de pensiones es la administración privada de los fondos ingresados al sistema por los trabajadores, y la ley entrega a un tipo especial de sociedad Anónima esta misión, estas son las Administradoras de Fondos de Pensiones, o también conocidas bajo la sigla AFP.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones son “sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar fondos de pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley” (5), otros textos definen a estas instituciones como “instituciones que, constituidas jurídicamente como sociedades anónimas, tienen por objeto exclusivo la administración de un fondo llamado fondo de pensiones, y otorgar las diversas prestaciones que dispone la ley, recaudando las cotizaciones previsionales correspondientes, las que deben abonar a las cuentas de capitalización individual de cada afiliado, e invirtiendo los recursos que generan, posteriormente, las pensiones que contempla el sistema”. (5)

Siguiendo la tendencia neoliberal de la época en que se creó el nuevo sistema previsional, consagrado en el DL3500, se cambió radicalmente el criterio de la administración de estos fondos a sociedades que persiguen fines de lucro, ya que si bien, existían en la legislación chilena antecedente de administración privada de regímenes previsionales, como es el caso de las Mutuales de Empleadores de la ley N°16.744, estas son instituciones que no persiguen fines de lucro, es por ello que es estrictamente necesario que estas instituciones privadas con fines de lucro, estén estrictamente normadas y fiscalizadas por el Estado. Por esto, es que de las distintos tipos de sociedades que existen en la legislación se eligió la Sociedad Anónima, pero con un carácter especial, ya que su exclusivo giro debe ser la administración de un fondo de pensiones.

La ley establece además, un organismo fiscalizador especial para estas sociedades anónimas, este organismo es La Superintendencia de Pensiones (ex - Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones), que es una “entidad autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, que se relaciona con el gobierno por intermedio del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Le compete la supervigilancia y control de las administradoras de fondos de pensiones. **(6)**

Además en cuanto a su condición de sociedad anónima, la administradora de fondo de pensiones está obligada a inscribirse en el registro de valores que lleva la superintendencia de valores y seguros, lo que unido al control que ejerce la Superintendencia de Pensiones, trae como consecuencia un doble control, por una parte, un control especializado por su condición de administradora de fondo de pensiones y otro que rige a todas las sociedades anónimas, en su calidad de tal.

Otra de las grandes garantías que se contemplan en el actual sistema previsional chileno, para resguardar la seguridad de los fondos previsionales, es la separación patrimonial entre los fondos de pensiones y el patrimonio de la sociedad administradora. El fondo, como ya se ha dicho, está

constituido por los recursos acumulados por los afiliados en sus cuentas de capitalización individual y de ahorro voluntario, como resultado de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores y la rentabilidad obtenida por las inversiones de estos fondos. Por otro lado están los fondos de la sociedad propiamente tal, que provienen de la comisión que cobran estas sociedades anónimas por administrar el fondo de pensiones y otorgar las prestaciones que establece la ley. Esta separación tiene como fin fundamental, el evitar que los recursos de los trabajadores sean arriesgados en otros negocios o usados para otros fines que los establecidos por la ley. Por lo cual, la Administradora de fondo de pensiones, solo puede girar recursos del fondo para ser invertidos de la forma establecida en la ley o bien para pagar los beneficios que correspondan.

Dentro de las características de las administradoras de fondos de pensiones, podemos mencionar: Son sociedades Anónimas, como ya se ha dicho, estas instituciones legalmente deben constituirse como sociedades anónimas, por lo que se rigen en su formación y estatutos por las normas que rigen este tipo de sociedades, pero además, requieren que La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones autorice su existencia y apruebe sus estatutos, en consecuencia, para que se constituya una Administradora de Fondos de Pensiones, es necesario otorgar escritura pública de sociedad, inscribir en el registro de comercio del conservador de bienes raíces (como toda sociedad anónima) y publicar en el diario oficial, la resolución de La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, que de acuerdo con la ley debe contener un extracto de los estatutos. Su razón social debe comprender la frase “Administradoras de Fondos de Pensiones” o la sigla “AFP”, no puede incluir nombres o siglas de personas naturales o jurídicas existentes o nombres de fantasía que, a juicio de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, puedan conducir a equívocos respecto a la responsabilidad patrimonial o administrativa de ellas. Como ya se ha recalcado su objeto es único, Administrar un Fondo de Pensiones. En cuanto a su capital y patrimonio, el capital mínimo para la formación de una Administradoras de Fondos de Pensiones, es

equivalente a UF 5000, el que debe estar suscrito y pagado al momento de otorgarse la escritura social.

CAPITULO II

- **Funcionamiento y financiamiento.**

En 1980, con la dictación del DL3500, se da inicio a este nuevo sistema previsional que es, como ya se ha dicho, diametralmente opuesto al sistema anterior, se da inicio a un sistema que se basa en la capitalización individual y a la administración privada de pensiones. A grandes rasgos estos puntos básicos del nuevo sistema sirven para explicar su funcionamiento y financiamiento, en síntesis se trata de un sistema en el cual la pensión que obtiene el trabajador al pasar a ser parte de la población pasiva, es el resultado de los aportes que este efectuó durante el periodo activo laboral, y del cometido o rentabilidad que su inversión haya obtenido por la Administradora de Fondo de Pensiones, al cual se encontraba afiliado.

Cotización obligatoria

Como ya se ha señalado, los afiliados al sistema son los trabajadores, sean estos trabajadores dependientes o independientes, entendiendo como trabajadores lo señalado en el artículo 3 letra b) del código del trabajo, es decir “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo” para los dependientes, y aplicando lo señalado en el mismo artículo citado pero en su letra c) para los trabajadores independientes “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo dependencia”; cabe señalar que el mismo artículo N° 3 señala que el empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

Los afiliados son los que durante su vida laboral pagan sus cotizaciones previsionales, encontrándose obligados a cotizar los trabajadores

dependientes en su cuenta individual, esta obligación está consagrada en el artículo 17 del DL 3500, que señala “Los trabajadores afiliados al sistema, menores de 65 años de edad si son hombre, y menores de 60 años de edad si son mujeres, están obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 % de sus remuneraciones y rentas imponibles.”, agrega que “deberán efectuar una cotización adicional en la misma cuenta y calculada sobre la misma base que será determinada por cada administradora y que estará destinada a su financiamiento, incluido el pago de la prima de seguro a que se refiere el artículo 59.” Existen además otras cotizaciones que se pueden o deben realizar en la cuenta de capitalización individual como la del artículo 17 bis.

Se ha entregado como fundamento a esta obligación que en la sociedad no existen hábitos de ahorro privado importantes como para permitir que sean los propios trabajadores en ejercicio de su libertad en forma absoluta quienes se preocupen del ahorro para la vejez **(7)**.

Por ello cada trabajador tiene la propiedad de los dineros que se encuentran ahorrados en la administradora, el cual debidamente administrado crece según la rentabilidad, a fin de que al llegar a la época pasiva el trabajador posea las condiciones necesarias para obtener una pensión acorde con los ingresos del tiempo en que se encontraba activo. Esto es importante por cuanto el monto de dinero que en definitiva sea pagado como pensión de vejez tendrá directa relación con la cantidad de dinero que contenga la cuenta previsional, producto de los aportes que cada trabajador haga más la rentabilidad que estos dineros han obtenido durante el tiempo de ahorro e inversión realizada por parte de la Administradora.

Con el fin de dar una mayor eficiencia al sistema, el DL 3500 señala que las cotizaciones previsionales, deben ser declaradas y pagadas por: a) el empleador, b) el trabajador independiente, o c) la entidad pagadora de subsidios, según corresponda; por mandato del artículo 19 del DL 3500.

Como ya se ha dicho las cotizaciones son de cargo del trabajador, por ende se deducen de su remuneración, entregando el artículo 14 del DL 3500, la definición de remuneración a la señalada en el artículo 41 del Código del Trabajo, es decir “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo” sin embargo, el trabajador podrá efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización, según lo expresado en el inciso 3 del artículo 20 del DL 3500.

En el caso de los trabajadores independientes, como ya se dijo, la obligación de cotizar es sobre sus rentas imponible, definiendo renta en el artículo 15 del DL 3500, como “ la cantidad de dinero que declara un afiliado independiente como base de cálculo de su cotización”, **(8)** lo cual se realiza según las normas que están establecidas en el artículo 89 y siguiente; declarando y enterando el mismo su cotización, por lo cual en este trabajo no posee mayor relevancia, y no se tratara con detenimiento.

Distinto es el caso de los trabajadores dependientes, ya que se establece que si bien la cotización es de cargo del trabajador, exige que sean los empleadores quienes tienen la obligación de retenerlas de la remuneración del trabajador, para posteriormente declararlas y enterarlas en la respectiva administradora de fondos de pensiones a la que el trabajador este afiliado, este tema, por la importancia que reviste para este trabajo, se analizara con mayor detenimiento a continuación.

Retención por parte del Empleador.

La justificación de la obligación del trabajador de ahorrar para su vejez, como ya se dijo, es que no existe la cultura de ahorro por parte de la población para precaver que en el futuro no poseerá las condiciones para procurarse los medios de subsistencias iguales a los que posee durante su vida laboral, por esto uno de los problemas es lograr que los trabajadores enteren lo que corresponde en sus cuentas de capitalización individual, pensando en su

futuro, en contraposición a poder disponer en la actualidad de ese dinero, cotizando menos de lo que corresponde afectando su ahorro para el futuro, esta es la principal razón por la que perteneciendo al trabajador los dineros de la cotización individual, no sea este el que entera al sistema directamente esos dineros.

De esto, nacen obligaciones para el empleador, las cuales son retener, declarar y enterar (pagar) los dineros de la cotización en la administradora de fondos de pensiones:

A) Retención

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 incisos 1º y 2º del DL 3500, el empleador está obligado a deducir las cotizaciones previsionales, de cargo del trabajador, de las remuneraciones del mismo y pagarlas en la administradora de fondos de pensiones correspondientes.

“Artículo 19º Las cotizaciones establecidas en este Título deberán ser declaradas y pagadas por el empleador, el trabajador independiente o la entidad pagadora de subsidios, según corresponda, en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones y rentas afectas a aquéllas, o aquel en que se autorizó la licencia médica por la entidad correspondiente, en su caso, término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo.

Para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador y pagará las que sean de su cargo. Ambas cotizaciones se encontrarán afectas a lo dispuesto en el presente artículo.” (Incisos 1º y 2º).

A lo ya señalado, es concordante con lo establecido en el artículo 58 del Código del Trabajo, que señala entre los ítems que debe deducir de las remuneraciones el empleador a las cotizaciones de seguridad social.

“Artículo 58. El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación respectiva y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos. Igualmente, a solicitud escrita del trabajador, el empleador deberá descontar de las remuneraciones las cuotas correspondientes a dividendos hipotecarios por adquisición de viviendas y las cantidades que el trabajador haya indicado para que sean depositadas en una cuenta de ahorro para la vivienda abierta a su nombre en una institución financiera o en una cooperativa de vivienda. Estas últimas no podrán exceder de un monto equivalente al 30% de la remuneración total del trabajador.”

A mayor abundamiento, en esta materia, el artículo 3 inciso 2 de la ley 17.322, sobre cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, señala “Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores. Si se hubiere omitido practicar dichos descuentos, será de cargo del empleador el pago de las sumas que por tal concepto se adeuden.”, lo que refuerza la obligación que pesa sobre el empleador de retener de la remuneración del trabajador las cotizaciones previsionales.

En consecuencia, de lo señalado en las normas citadas en los párrafos anteriores, se desprende que, una de las características de las cotizaciones previsionales es que éstas deben ser descontadas de la remuneración por el empleador, el cual está obligado a enterarlas en la institución de previsión.

El hecho de que sea el empleador quien retenga dineros que le pertenecen al trabajador, y que esos dineros no salen materialmente del patrimonio del empleador, pero si jurídicamente, tiene gran importancia, el empleador sólo es un mero tenedor de estos dineros, siendo la ley quien lo legitima para quedarse en forma temporal con parte de la remuneración del trabajador por un periodo determinado, pero nunca adquiere la posesión de estos dineros, ya que no puede comportarse como señor y dueño, lo que tiene mucha importancia, por ejemplo, por el delito de apropiación indebida, el cual trataremos con mayor detención posteriormente.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los montos que debe retener el empleador?, a este respecto, la ley establece, que los trabajadores están obligados a cotizar el 10% de las remuneraciones (en el caso de las dependientes) y renta imponible (trabajadores independientes), debiendo efectuar además, efectuar una cotización adicional en la misma cuenta, que estará destinada a financiar los gastos de administración y el seguro de invalidez que deben contratar las administradoras para el caso de invalidez o muerte del trabajador. Y en determinados casos, esta puede ser mayor, en relación con el tipo de trabajo que realice el afiliado, como es el caso de los trabajadores que realizan trabajos pesados, regulada en el artículo 17 bis, del DL 3500. A estas también deben agregarse las posibles cotizaciones voluntarias que el trabajador decida realizar, ya sea, en su cuenta de capitalización individual, o en otro fondo o depósito de los mencionados en el artículo 20 del DL 3500. Asimismo, también deben ser descontadas de la remuneración del trabajador, el monto destinado a las prestaciones de salud, las que equivaldrán, como mínimo a un 7%, pudiendo ser mayor si se encuentra afiliado a una Isapre. Además en los casos que procedan retendrá los dineros necesarios para contribuir al financiamiento del seguro del desempleo. Todas estas deducciones tienen un límite de 60 unidades de Fomento del último día del mes anterior al pago, según lo ordena el artículo 16 del DL 3500.

B) Pago a la administradora.

Una vez que el empleador ha realizado la retención de las cotizaciones previsionales y que fueron deducidas de su remuneración, se da más fuerza a la obligación de enterarlas en la Administradora de fondos de Pensiones que corresponda, porque se trata de dineros que pertenecen a otro y no son propios del empleador.

La declaración y pago de las cotizaciones previsionales, que fueron retenidas por el empleador de la remuneración del trabajador, debe efectuarse en la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador, dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones (para los dependientes) y rentas o aquel en que se aprobó la licencia médica por la entidad correspondiente (en caso de trabajador independiente o en caso de ser la entidad pagadora de subsidios quien entera las cotizaciones).

En caso de que dicho plazo expire en sábado, domingo o festivo, se prorroga hasta el día hábil siguiente. Según lo señalado en el artículo 19 del DL 3500.

Las cotizaciones deben pagarse en la administradora de fondos de pensiones en la que se encuentra afiliado el trabajador. Sin embargo, las administradoras pueden celebrar convenios con instituciones bancarias y cajas de compensación de asignación familiar o con otras entidades que autorice la superintendencia, para la recepción de las declaraciones y la recaudación de cotizaciones y depósitos, los que deben ser enterados efectivamente en la administradora o depositados en las cuentas corrientes de ésta, a más tardar 24 horas después de recibidos.

Entendiéndose que las cotizaciones son pagadas en la fecha en que sean recibidas por las entidades recaudadoras.

C) Declaración y no pago.

Cuando se creó el sistema, se trató de precaver que una situación económicamente adversa y transitoria que afecte al empleador afecte las cotizaciones previsionales, para ello se contempla un beneficio para el empleador, llamado declaración y No pago, como señala su nombre, consiste en que el empleador puede declarar las cotizaciones y no pagarlas en ese momento, si no que deferir el pago para el futuro, esa declaración debe hacerse en el mismo plazo previsto para el pago, debe contener el nombre, RUT, domicilio y el nombre del representante legal del que hace la declaración; el nombre y RUT de los trabajadores o beneficiarios de subsidios, el monto de las remuneraciones imponibles que se están declarando.

Otros de los fundamentos a la existencia de esta posibilidad de declarar y no pagar lo retenido a los trabajadores, es evitar trabas a la economía de mercado que pudieran generar a las pequeñas y medianas empresas una obligación, tan estricta como lo es el cumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales, y como una manera de que sean las propias empresas las que cuenten con un mayor tiempo para enterar esos fondos a fin de evitar una falta de liquidez momentánea, a nuestro parecer esta argumentación se enmarca dentro de la justificación economicista de la redacción de la norma, como se explicara posteriormente al ver las críticas a esta facilidad entregada a los empleadores.

El pago de las cotizaciones declaradas y no pagadas deberá efectuarse dentro de los 180 días siguientes a la fecha de la declaración. Dentro de ese plazo, la administradora debe iniciar las gestiones de cobro, tema que se tratara más adelante en este trabajo.

Para realizar la declaración y no pago se ocupa un formulario especial diseñado por la Superintendencia de Administradoras de fondos de

pensiones, hoy superintendencia de pensiones, denominado “Planilla de Declaración y No pago de Cotizaciones Previsionales” o también denominado “planilla de declaración”.

Dentro de las críticas que se pueden realizar a la existencia de la declaración y no pago, esta que su fundamento es evitar una situación económica del empleador afecte al trabajador, específicamente a sus cotizaciones previsionales, lo que no se condice con los principios del sistema y la legislación, que expresa en forma clara que “para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador” **(9)**, por lo que en estricto rigor, al trabajador no se le pago en forma íntegra su remuneración, ya que la parte de ella que debía ingresarse en un fondo de ahorro que le pertenece al trabajador, y siendo solo el empleador un medio para que esos dineros lleguen a dicho fondo, no estaría pagando toda la remuneración. En contrapartida a esta crítica, se puede señalar que desde el punto de vista económico, que la cotización sea del cargo del trabajador o del empleador, es un tema meramente de texto y con fines de percepción psicológica, por que las partes negocian una remuneración líquida, y la ley y el sistema en sí estableció que se dedujera de la remuneración, como una manera de vincular el ahorro para la vejez con el beneficio previsional, para evitar la desconexión entre el ahorro y la pensión que fue una de las causas del quiebre del antiguo sistema.

Cabe señalar, que si el empleador o la entidad pagadora no realizan el pago dentro de los 10 primeros días del mes siguiente al que se devengaron las remuneración, pero que fueron declaradas, realizando la llamada “declaración y no pago” esos montos se reajustaran entre el último día del plazo en que debió realizarse el pago y el día en que efectivamente se realice, señala la norma, que se aumentaran considerando la variación diaria del IPC mensual del periodo comprendido entre el mes que antecede al mes anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el mes que antecede al mes anterior a aquel en que efectivamente se realice. A lo señalado por la norma, se suma el interés penal equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en

moneda nacional a que se refiere el artículo 6 de la ley 18.010, aumentado en un 50%. Todas estas normas de reajustabilidad e interés penal tienen como fin el desincentivar la declaración y no pago, y que el mantener en su poder los dineros del trabajador no le sean eficiente en términos económicos al empleador.

Es necesario mencionar que con el devenir de los años, la utilización de este mecanismo de diferir el pago de lo retenido de las remuneraciones de los trabajadores, que en su formulación y justificación era excepcional, se convirtió en una práctica común, lo que no es extraño atendido la gran mano de obra que ocupa la pequeña y mediana empresa en nuestro país, como asimismo los constantes ciclos de recesión y bonanza propios del sistema de mercado.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones y la rentabilidad.

Una de las grandes preguntas que genera el sistema, en la mayoría de las personas, es que hace la administradora con los dineros que cada cotizante ingresa en sus cuentas, porque estos dineros no quedan guardados inmóviles, el sistema esta ideado con la finalidad que dichos dineros se transformen en capital de inversión y son las propias administradoras quienes invierten ese capital, con la finalidad simple de incentivar la economía bajo el efecto multiplicador de la inversión, lo que es de toda lógica, ya que el país requiere recursos para mover la economía y mantener la gran cantidad de dineros sin circulación significa un grave daño económico al país.

El artículo 33 del DL3500, en su inciso segundo señala que cada fondo de pensiones estará constituido por las cotizaciones y aportes de los afiliados, el bono de reconocimiento y sus complementos (para los trabajadores que provienen del antiguo sistema), sus inversiones y las rentabilidades de estas, deducidas las comisiones de la administradora; de lo señalado en la norma se desprende que las inversiones y rentabilidades de estas inversiones son parte del fondo de pensiones de cada trabajador, definiendo la ley lo que es rentabilidad en su artículo 36 de la misma norma legal, para lo cual se toma como medida la cuota

dado que el valor de cada uno de los fondos de pensiones se expresara en cuotas, que son iguales entre sí, dentro del mismo fondo, según lo señala el artículo 35 del DL3500,

El artículo 36 DL3500, señala que la rentabilidad nominal mensual de un fondo de pensiones, es entendida como el porcentaje de variación del valor promedio de la cuota de un mes del fondo de que se trate, respecto del valor promedio mensual de la cuota del mes anterior. En cálculo matemático simple, y con el solo afán didáctico, podemos señalar lo siguiente: si el fondo del trabajador el mes A es 1000, y lo dividimos en 10 cuotas, cada cuota tiene el valor de 100, si producto de las inversiones realizadas por la administradora, el mes B el fondo del trabajador es 1050, y dividida por cuotas cada cuota es de 105, podemos señalar que la rentabilidad nominal fue de 5; siguiendo con el ejemplo, si el fondo de otro trabajador el mes A es 2000, y posee la misma rentabilidad del trabajador anterior, el mes B su fondo será 2100.

En el ejemplo anterior, esta uno de los problemas de la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, pues el cálculo de la cuota se realiza de acuerdo al monto que posee cada mes el fondo, y si bien la rentabilidad es igual para todos, los fondos no enterados en la cuenta no dan rentabilidad, y el perjudicado es el trabajador, lo que queda patente al ver la forma en que se calculan las distintas modalidades de pensión.

Establecido que los dineros de los trabajadores son invertidos por las administradoras, la pregunta que nace, es como los invierten, quien regula estas inversiones y que grado de participación poseen los trabajadores en las decisiones de inversión.

Comenzaremos respondiendo esta última pregunta, ¿qué participación posee el trabajador en las decisiones de inversión de sus fondos?, para ello analizaremos los llamados “Multifondos”.

Los Multifondos:

Al principio de este capítulo tratábamos los principios del actual sistema de pensiones, en el cual basa gran parte de su estructura en la libertad, uno de sus puntos más emblemáticos, y una de sus manifestaciones son los Multifondos que si bien la creación de los Multifondos es posterior a la entrada en vigencia del DL3500, entrega la posibilidad a los trabajadores de elegir entre 5 opciones en las cuales invertir sus ahorros previsionales dentro de cada Administradora.

Como ya se señaló, los Multifondos, están constituidos por 5 fondos, llamados A, B, C, D y E; cada uno de ellos corresponde a una combinación diferente de inversiones con distinto riesgo y, por lo tanto, dan como resultado una distinta rentabilidad (en donde el trabajador entra en el juego de las inversiones, con la máxima de a más rentabilidad esperada, mayor riesgo). Es así, que el fondo A, posee una inversión en renta variable (más riesgosa) hasta un 80 %, porcentaje que va bajando en los fondos B, C y D hasta llegar al fondo E en el que no permite inversión en renta variable y posee un 100 % de inversión en renta fija (menos riesgosa).

Los Multifondos exigen que exista una gran cantidad de información respecto a las variantes de inversiones, los instrumentos de estas y el riesgo de cada uno, lo que ha quedado demostrado con los acontecimientos bursátiles de los últimos años, es que no es una decisión menor, y que la elección incide directamente en la vejez del trabajador, para evitar la desinformación son las propias administradoras las que se han preocupado de informar a su público objetivo, lo que no ha sido fácil dado lo técnico que puede ser el tema de la inversión de fondos, para simplificar la entrega de información y decisión por parte del trabajador, consideran una serie de Ítems a tomar en cuenta al momento de elegir el fondo de inversión, estos son:

- HORIZONTE DE AHORRO: esto es cuantos años le falta para pensionarse, lo que es de toda lógica, ya que ante una crisis económica las personas jóvenes

poseerán mayor tiempo para recuperarse de posibles pérdidas, y las personas de mayor edad y a corto tiempo de jubilarse deberían mantener sus ahorros a mayor recaudo y menos riesgo.

- INGRESOS FUTUROS: Entendiendo que estas son inversiones a futuro, y que el trabajador este planificando o consolidando alguna otra fuente de ingresos para la vejez.

- DISPOSICIÓN A ASUMIR EL RIESGO: en este punto la consigna es básica, el invertir en fondos más riesgoso da la posibilidad que la rentabilidad sea mayor, pero así también la contrapartida a ello, es un riesgo más alto que las inversiones que entregan rentabilidad comparativamente menores.

Analicemos cada uno de los fondos con sus características más importantes:

FONDO A:

En este fondo el objetivo de inversión es obtener en un horizonte de tiempo razonablemente largo, una rentabilidad mayor a la que se puede obtener en el resto de los fondos, considerando un mayor riesgo asociado. Se estima que el perfil del ahorrante de este fondo son personas con una clara disposición a asumir riesgos en sus inversiones, y que se encuentren dispuestos a aceptar perdidas en el corto plazo, con tal de obtener a largo plazo, retornos superiores al que pueden lograr fondos con mayor componentes de instrumentos de renta fija, por ello se estima que es ideal que sean personas con un horizonte de ahorro superior a 20 años, que posean la información y preocupación constante de la rentabilidad de las inversiones y la economía, y que posean experiencia en inversiones personales de acciones.

El fondo A, posee una política de inversión con un fuerte componente en instrumentos de renta variable tanto nacional como extranjera, con especial énfasis en acciones de empresas, cercano al máximo legal del 80 % del valor de la cartera de este fondo, posee una alta diversificación, para minimizar el alto riesgo asociado a la renta variable. Y como es de toda lógica la inversión en

instrumentos de renta fija es menor. Así es que el máximo permitido para inversiones en instrumentos de renta variable es de un 80%, siendo el límite mínimo obligatorio de un 40 % de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO B:

En este fondo el objetivo de inversión es invertir los ahorros con un porcentaje importante de renta variable buscando obtener mayores rentabilidades, pero asumiendo también un mayor riesgo. Se estima que el perfil del ahorrante es una persona con disposición favorable al riesgo que persigan obtener un nivel de rentabilidad alto, con capacidad de aceptar pérdidas a corto plazo y que posean un horizonte de ahorro de mediano y largo plazo.

El fondo B, posee una política de inversión basada en una estructura de inversiones fuerte en acciones respecto de la proporción invertida en instrumentos de renta fija, aunque en menor medida que el fondo A. Posee una adecuada diversificación que permite minimizar el mayor riesgo que implica un componente importante de renta variable. Posee límites de inversión de renta variable con un máximo permitido de un 60 % y un mínimo obligatorio de un 25 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO C:

En este fondo el objetivo de inversión es constituirse en la alternativa de continuidad, es decir, permite invertir los ahorros en una cartera cuya composición y relación rentabilidad esperada y el nivel de riesgo asociado será similar a la observada por los fondos de pensiones antes de la creación de los Multifondos, es el fondo por defecto, en caso de la falta de manifestación de voluntad del trabajador respecto al fondo en que debe tener sus ahorros. Se estima que el perfil del ahorrante es ser un fondo orientado a personas conservadoras, con tolerancia intermedia al riesgo, con un horizonte de ahorro medianamente largo, satisfechos con la relación rentabilidad y riesgo obtenida por el sistema en forma histórica.

El fondo C, posee una política de inversiones, con un tenor de inversiones balanceado en términos de rentabilidad - riesgo por su composición de instrumentos de renta fija y variable más cercana a la que históricamente han tenido los fondos de pensiones desde la creación del sistema. Esto se ve reflejado en cuanto el máximo permitido de inversión en renta variable es de un 40 % y el mínimo obligatorio es de un 15 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO D:

En este fondo el objetivo de inversión es invertir los ahorros de los trabajadores en un fondo de pensiones de mayor seguridad, que permita en menor medida, aprovechar las eventuales mayores rentabilidades que puedan entregar los instrumentos de renta variable. Se estima que el perfil del ahorrante, es el de trabajadores con un grado de aversión al riesgo importante, que poseen un horizonte de ahorro de mediano plazo, estimando que es ideal para afiliados que se pensionaran en los próximos 10 años, dispuestos a tomar algún riesgo para intentar mejorar su pensión.

El fondo D, posee una política de inversiones mucho más seguro que los anteriores, invierte principalmente en instrumentos de renta fija nacional e internacional, y solo una pequeña proporción de renta variable, todo ello apunta a que el objetivo de este fondo es obtener rentabilidades superiores a los que pueden obtener los instrumentos de renta fija. Sus límites de inversión están dados por permitir como máximo un 20 % de inversión de renta variable y con un piso obligatorio de un 5 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO E:

En Este fondo el objetivo de inversión es ser la alternativa para el afiliado que le permita invertir sus ahorros previsionales en los instrumentos financieros más seguros a nivel nacional e internacional, los que garantizan una inversión con una rentabilidad más estable asumiendo un riesgo mínimo. El perfil del ahorrante en este grupo es muy claro, está orientado a personas con clara aversión o rechazo

al riesgo, con horizonte de ahorro a corto plazo, es ideal para personas que están próximas a pensionarse y donde la pensión representa la principal fuente de ingresos para su vejez.

El fondo E posee una política de inversiones muy acorde a su objetivo de inversión y al perfil de su ahorrante, puesto que invertirá principalmente en instrumentos de renta fija de mediano y largo plazo, con las mejores clasificaciones de riesgo, que si bien son seguros, variaciones en las tasas de interés, pueden llevar a algún grado de variabilidad en la rentabilidad de la cuota.

Sus límites de inversión en renta variable son nulos, ya que su inversión es de un 100% en instrumentos de renta fija.

Cabe preguntarse en que se invierten estos fondos en específico, ya se ha mencionado que se invierten en instrumentos de renta fija y variable, pero en específico, el artículo 46 del DL3500 nos señala que la administradora mantendrá cuentas corrientes destinadas exclusivamente a los recursos de cada uno de los fondos de pensiones, que en dichas cuentas se depositara la totalidad de las cotizaciones de los afiliados y que sólo podrán girarse dineros para la adquisición de títulos para el fondo, para cumplir con lo señalado en el artículo 45 del DL3500, en cuanto a la inversión de los fondos, la administradora debe invertir los fondos en:

- a) Títulos emitidos por la Tesorería General de la República o por el Banco Central de Chile; letras de crédito emitidas por los Servicios Regionales y Metropolitano de Vivienda y Urbanización; Bonos de Reconocimiento emitidos por el Instituto de Normalización Previsional u otras Instituciones de Previsión, y otros títulos emitidos o garantizados por el Estado de Chile;
- b) Depósitos a plazo; bonos, y otros títulos representativos de captaciones, emitidos por instituciones financieras;
- c) Títulos garantizados por instituciones financieras;

- d) Letras de crédito emitidas por instituciones financieras;
- e) Bonos de empresas públicas y privadas;
- f) Bonos de empresas públicas y privadas canjeables por acciones, a que se refiere el artículo 121 de la Ley N° 18.045;
- g) Acciones de sociedades anónimas abiertas;
- h) Cuotas de fondos de inversión a que se refiere la ley N° 18.815 y cuotas de fondos mutuos regidos por el decreto ley N° 1.328, de 1976;
- i) Efectos de comercio emitidos por empresas públicas y privadas;
- j) Títulos de crédito, valores o efectos de comercio, emitidos o garantizados por Estados extranjeros, bancos centrales o entidades bancarias extranjeras o internacionales; acciones y bonos emitidos por empresas extranjeras y cuotas de participación emitidas por Fondos Mutuos y Fondos de Inversión extranjeros, que se transen habitualmente en los mercados internacionales y que cumplan a lo menos con las características que señale el Régimen de Inversión de los Fondos de Pensiones a que se refiere el inciso vigésimo cuarto. A su vez, para efectos de la inversión extranjera, las Administradoras, con los recursos de los Fondos de Pensiones, podrán invertir en títulos representativos de índices de instrumentos financieros, depósitos de corto plazo y en valores extranjeros del título XXIV de la ley N° 18.045 que se transen en un mercado secundario formal nacional; y celebrar contratos de préstamos de activos; todo lo cual se efectuará en conformidad a las condiciones que señale el citado Régimen. Asimismo, para los efectos antes señalados, podrán invertir en otros valores e instrumentos financieros, realizar operaciones y celebrar contratos de carácter financiero, que autorice la Superintendencia, previo informe del Banco Central de Chile, y bajo las condiciones que establezca el Régimen de Inversión;

- k) Otros instrumentos de oferta pública, cuyos emisores sean fiscalizados por la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, que autorice la Superintendencia de Pensiones, previo informe del Banco Central de Chile;
- l) Operaciones con instrumentos derivados que cumplan con las características señaladas en el inciso duodécimo de este artículo y en el Régimen de Inversión;
- m) Operaciones o contratos que tengan como objeto el préstamo o mutuo de instrumentos financieros de emisores nacionales, pertenecientes al Fondo de Pensiones, y que cumplan con las características señaladas mediante norma de carácter general, que dictará la Superintendencia **(10)**.

Ya hemos dilucidado someramente, cual es la real participación del trabajador en la decisión de las inversiones de sus fondos y en que invierte la administradora, ahora la pregunta es si existe algún organismo de control de esas inversiones, estas preguntas son de suma importancia en relación al volumen de los recursos previsionales, la propiedad que poseen los afiliados de sus fondos pero al mismo tiempo las limitaciones de disponibilidad de ellos hace que el sistema exija un fuerte control sobre la variables de seguridad y rentabilidad de la inversión, no hay que olvidar que las administradoras toman decisiones de inversión sobre dineros ajenos, y que más o menos exacto es decir que el dinero de la vejez de todos los trabajadores esta en sus manos, por ello la idea del legislador es crear un marco jurídico que garantice razonablemente la mantención y buen funcionamiento del sistema, trataremos de señalar someramente esta materia, con el solo fin de dar un marco al tema principal que nos convoca.

El nivel de riesgo del ahorro e inversión de los recursos previsionales, por parte de las administradoras, está determinado en primer lugar en la misma ley, puesto que define los instrumentos de inversión susceptibles de ser adquiridos con recursos de los fondos de pensiones, para posteriormente establecer los límites de inversión, bajo una serie de parámetros, por ejemplo, estableciendo límites de inversión por instrumentos, por grupos de instrumentos o

sectores, por emisor, y límites de emisores relacionadas con la administradora. A todo ello se suma una serie de normas que reglamentan la transparencia y probidad debida y ejecutar un fuerte control y fiscalización preventiva.

Respecto a las instituciones que ejercen control sobre las administradoras y su actuar podemos mencionar, la Superintendencia de pensiones (ex Superintendencia de administradoras de fondos de pensiones) y la comisión clasificadora de riesgo.

LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (EX SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES)

La Superintendencia de pensiones (ex Superintendencia de administradoras de fondos de pensiones), es una entidad autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, cuya misión es la supervigilancia y control de las sociedades administradoras de fondo de pensiones, posee un estatuto orgánico especial y se relaciona con el poder ejecutivo por intermedio del ministerio del trabajo y previsión social. Según se desprende del artículo 93 del DL3500.

El artículo 94 del mismo cuerpo legal establece cuáles son sus funciones generales:

- 1.- Autorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, de las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23, la adquisición de acciones de una Administradora de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República, de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y llevar un Registro de estas entidades.

2.- Fiscalizar el funcionamiento de las Administradoras y el otorgamiento de las prestaciones que éstas otorguen a sus afiliados, y el funcionamiento de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales.

3.- Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras, las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23 y las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y dictar normas generales para su aplicación.

4.- Fiscalizar la constitución, mantenimiento, operación y aplicación del "Encaje".

5.- Fiscalizar la inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones y la composición de la cartera de inversiones.

6.- Establecer las normas que regulen los contratos de seguro destinados a constituir las prestaciones que establece esta ley, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, y fiscalizar la observancia de dichas normas y el cumplimiento de las obligaciones que emanen de los contratos.

7.- Efectuar la liquidación de las Administradoras, la de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y la de los Fondos de Pensiones.

8. Aplicar sanciones y disponer la revocación de la autorización de existencia de conformidad a la ley, de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de sus sociedades filiales y de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales. Asimismo, podrá disponer la enajenación de las inversiones efectuadas en o a través de las sociedades filiales establecidas en el artículo 23, cuando no cumplan con lo establecido en el inciso duodécimo de dicho artículo.

Para estos efectos y en forma previa, la Superintendencia oficiará a las sociedades administradoras antes mencionadas con el objeto de poner en su conocimiento los hechos que se le imputan como constitutivos de infracción, a fin de que éstas, dentro del plazo de diez días hábiles contados

desde la recepción del respectivo oficio, procedan a formular sus descargos y acompañen las probanzas en que fundamentan sus alegaciones. Ejercicio de estas atribuciones y funciones deberá efectuarse mediante resoluciones fundadas, las que se notificarán por un ministro de fe. En contra de dichas resoluciones la Administradora afectada o sus sociedades filiales y las sociedades administradoras de carteras de recursos previsionales podrán reclamar, dentro de los quince días siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda, la que deberá pronunciarse en cuenta si el reclamo es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal. Admitido el reclamo, la Corte dará traslado por quince días a la Superintendencia. Evacuado el traslado o acusada la rebeldía, la Corte ordenará traer los autos en relación, agregándose la causa en forma extraordinaria a la tabla del siguiente día, previo sorteo de Sala cuando corresponda. El tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días. Para reclamar de una multa impuesta por la Superintendencia, el reclamante deberá efectuar una consignación equivalente al 25% de su monto, en dicho organismo.

La consignación será devuelta si se acogiere el reclamo.

Las resoluciones constituirán títulos ejecutivos y producirán sus efectos transcurridos quince días desde su notificación, si no se hubiere reclamado de ella, o una vez firme la sentencia que resuelva sobre el reclamo.

Los funcionarios de la Superintendencia prestarán declaraciones ante los Tribunales, en las reclamaciones a que se refiere este número, mediante informes escritos, los que constituirán presunciones legales acerca de los hechos por ellos personalmente constatados, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de citarlos a declarar verbalmente como medida para mejor resolver.

La Superintendencia estará exenta de la obligación de efectuar consignaciones judiciales.

Los directores y apoderados de una Administradora, de sus filiales o de una sociedad administradora de cartera de recursos previsionales, serán solidariamente responsables de las multas que se les impongan, respectivamente si se hubieren originado en hechos o contravenciones producidas por su culpa o negligencia. La resolución respectiva deberá así declararlo y los afectados podrán reclamar de ella en la misma forma y plazo que puede hacerlo la Administradora.

9.- Velar por el cumplimiento de las normas que establecen los requisitos necesarios para que opere la garantía estatal a que se refiere el Título VII.

10. Efectuar los estudios técnicos necesarios para el desarrollo y fortalecimiento del Sistema de Pensiones y para evaluar la calidad de las pensiones que obtienen los afiliados y beneficiarios del Sistema. Para efectuar los mencionados estudios, la Superintendencia de Valores y Seguros deberá proporcionar a la Superintendencia de Pensiones la información sobre los pensionados por la modalidad de renta vitalicia y sus beneficiarios, que ésta le solicite.

11.- Fiscalizar los mercados primarios y secundarios en lo que se refiere a la participación de los Fondos de Pensiones, las Administradoras y las personas que, en razón de su cargo o posición, tengan acceso a información de las inversiones del Fondo, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros.

12. Informar a los afiliados respecto de sus derechos y obligaciones en relación con el sistema de pensiones, utilizando medios propios o a través de otras entidades, con el objeto de dar cobertura nacional a este servicio.

13.- Requerir que las personas naturales o jurídicas que, personalmente o en conjunto, sean controladoras de una Administradora conforme al artículo 97 de la ley N° 18.045, o posean individualmente más del diez por ciento de sus acciones, envíen a la Superintendencia información fidedigna acerca de su situación financiera. La Superintendencia, mediante normas generales, determinará la

periodicidad y contenido de esta información, que no podrá exceder de la que exige la Superintendencia de Valores y Seguros a las sociedades anónimas abiertas.

14.- Instruir, por resolución fundada, a una Administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los Fondos de Pensiones, las transacciones que específicamente determine con o a través de personas relacionadas a ella, hasta por un plazo de tres meses renovable por igual período, cuando la situación financiera, ya sea de la Administradora o de sus personas relacionadas, ponga en riesgo la seguridad de los Fondos de Pensiones.

15.- Instruir, por resolución fundada, a una Administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los Fondos de Pensiones, las transacciones que específicamente determine con sus personas relacionadas o a través de ellas, hasta por un plazo de tres meses renovable por igual período, cuando las personas relacionadas a la Administradora hubieran sido sancionadas por incumplimiento, en forma reiterada o grave, de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que les sean aplicables conforme a su objeto social, siempre que tal situación ponga en riesgo la seguridad de los Fondos de Pensiones.

16. Fiscalizar, con el objeto de resguardar la seguridad de los Fondos de Pensiones, el funcionamiento de los servicios que una Administradora hubiere subcontratado, cuando éstos sean relacionados con su giro. Para efectos de lo anterior, la Superintendencia podrá requerir el envío de información y documentación sustentatoria o bien tener acceso directamente a las dependencias y archivos del prestador de servicios.

17. Supervisar administrativamente las Comisiones Médicas Regionales y Central e impartir las normas operativas que se requieran para calificar la invalidez. Asimismo, controlar que las Comisiones Médicas den debido cumplimiento a las funciones que les correspondan, pudiendo siempre determinar el número de Comisiones que debe funcionar en cada Región, impartir instrucciones acerca de

su equipamiento y requerir a dichas Comisiones la información necesaria para su adecuada fiscalización.

18. Designar mediante resolución fundada a uno de sus funcionarios como inspector delegado en una Administradora, con el objeto de resguardar la seguridad de los Fondos de Pensiones.

A modo de Conclusión

El empleador chileno frente al sistema de previsión nacional, se presenta como uno de los agentes más importantes, constituyéndose como el “punto de comunicación” o nexo, entre los trabajadores y las Administradoras de Fondos de Pensiones, aunque al parecer, debido al fin teleológico que inviste al Derecho del Trabajo, su función queda desplazada en los estudios que se realizan al respecto, en detrimento de los derechos y obligaciones que surgen dentro de esta rama de la seguridad social en favor de los trabajadores.

En efecto, la mayoría de los textos que tratan o se refieren al tema, le dedican gran parte de su contenido a determinar cómo el régimen previsional se relaciona con el trabajador en la actualidad y las consecuencias que para ellos se derivan.

El motivo desde una cierta perspectiva es justificado, por cuanto fluye de manera natural el afirmar que los sistemas de seguridad social se han instaurado con el objetivo de otorgar a las personas un derecho esencial, así, de esta forma, los sistemas comentados no sólo pasan a constituir una garantía para los trabajadores, sino que también para el resto de su familia y para la sociedad en general, pero, si se mira con detención, la actividad desarrollada por el empleador, comparada con la de sus dependientes, es mucho más compleja, ya que no sólo es el encargado de pagar las remuneraciones sobre las cuales se determina el monto que debe destinarse a las cuentas de capitalización individual, sino que

además debe realizar los descuentos respectivos, declararlos y enterarlos en las Administradoras de Fondos de Pensiones o en el Instituto de Normalización Previsional, en su caso.

Desde un punto de legislativo y económico, esta situación encuentra su justificación en antecedentes históricos y estadísticos, por cuanto en la época de establecimiento del sistema de reparto, el nivel de cotizaciones era bajísimo en razón de que no existía un mayor interés por parte de los trabajadores de enterar aportes previsionales que en definitiva, y a fin de cuentas, serían aprovechados para otorgar pensiones a otros, sin que se advirtiese más perjuicio que obtener una pensión de escaso monto.

De esta manera, para no dejar la obligación de enterar cotizaciones previsionales en las Instituciones creadas con el fin de administrarlas, al arbitrio de los trabajadores, se decidió recurrir al agente más apropiado para estos fines: el empleador.

Desde esta perspectiva podemos entonces apreciar que las obligaciones impuestas son específicas y determinadas, pero que a su vez conllevan una serie de sanciones, que en mayor o menor medida afectan ya sea el patrimonio o la libertad del empleador.

Las sanciones que el ordenamiento jurídico establece para el caso de que el empleador incumpla con sus obligaciones, nos permiten reforzar la idea de que la función que éste desarrolla dentro del sistema previsional chileno es vital, ya que “una institución no sólo es cuantificable en sí misma, sino también por lo que la rodea”; así lo deja de manifiesto las distintas variables que éstas pueden adoptar: nulidad del despido, intereses y reajustes, multas, embargos, responsabilidad penal, retenciones, etc.

En el plano opuesto, en cuanto al cumplimiento por parte del empleador de las obligaciones legales que le impone el sistema previsional en

Chile, en términos generales, pudimos establecer que no conllevan para éste la obtención de grandes beneficios; por ejemplo, no le es posible descontar IVA, ni obtener mayores beneficios tributarios. La pregunta a responder entonces es: ¿Qué utilidad obtiene el empleador que cumple con el pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores? Es obvio que la empresa o lugar que constituye el núcleo de la relación laboral se verá beneficiada de contar con un empleador diligente, en razón de que es sabida la importancia que tiene para el funcionamiento de ésta el hecho de que los trabajadores estén psicológicamente convencidos de estar desempeñando sus labores en un lugar que les es grato y que les ofrece estabilidad, es decir, será desarrollado un mejor trabajo, de forma más armónica, en un lugar donde los trabajadores saben que cuentan con un empleador que paga oportunamente las remuneraciones y las cotizaciones previsionales de éstos en la oportunidad legal respectiva; por lo tanto, el beneficio mayor del empleador está dada en términos del rendimiento laboral de sus trabajadores.

Desde un punto de vista normativo, si bien es cierto el contenido de la Ley N° 17.322 fue modificado recientemente mediante la dictación de la Ley N° 20.023, de modo de adaptarla a la gran reforma laboral que incluye la implementación de los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional, los dos artículos que mayor controversia han levantado, como son sus artículos 3° y 13°, por cuanto son considerados por gran parte de la doctrina como inconstitucionales por vulnerar garantías como la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la de privar de libertad a una persona en razón de deudas, no sufrieron modificación alguna.

Al respecto estimamos que es de suma importancia resolver estas cuestiones de manera definitiva, por cuanto se hace necesario que exista para la sociedad una certeza jurídica al respecto, es obvio que las normas jurídicas son susceptibles de diversas interpretaciones, ya sea por su contenido normativo o por el espacio temporal en que desenvuelve su acción, pero cuando el asunto no es posible siquiera de establecer un criterio uniforme mínimo en nuestros tribunales

superiores de justicia, quiere decir que la ley no cumple con su función de normar los comportamientos y otorgar seguridad a la comunidad, y por lo tanto no es sustentable sostener una situación en que garantías tan esenciales para las personas queden absolutamente supeditadas a criterios que rayan con la arbitrariedad, por cuanto en definitiva pasan a depender del criterio que al respecto tenga cada magistrado.

La situación del empleador chileno no es exclusiva de éste en el concierto Latinoamericano, ya que se repite a lo largo de los países del continente, básicamente debido a la exportación del sistema que ha hecho nuestro país; sin embargo es de hacer notar que en muchos de ellos las obligaciones no son tan específicas ni rígidas o se sustituyen a cambio de una mayor participación, en términos de aporte monetario a las cuentas de capitalización de los trabajadores. De esta exitosa difusión que ha tenido el sistema previsional chileno, y que han acogido, con mayor o menor variación países como México, Colombia, Uruguay, Argentina, El Salvador, Bolivia, Perú, es posible apreciar que la situación del empleador en Chile, aunque similar, es excepcional por el grado de complejidad que ésta conlleva y que si en términos general se tiende a alabar el sistema previsional con el que cuenta nuestro país, es justo también que le otorguemos la importancia que se merece a uno de sus principales actores: el empleador.

REFERENCIAS

- 1) PIÑERA José, *América Latina: Comienza la Gran Revolución Previsional*. En VV.AA., «*El Ahorro Previsional. Impacto en los Mercados de Capitales y la Vivienda*». Santiago: Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social, 1995, p.19.8.
- 2) PIÑERA José, *El cascabel al gato, la batalla por la reforma Previsional*, Santiago, Editora Zig – Zag, 1991, p.23.
- 3) PIÑERA José, Ob. Cit. p.73.
- 4) PIÑERA José, Ob. Cit. p.31.
- 5) BUSTAMANTE JERALDO Julio, *Funcionamiento del nuevo sistema de Pensiones*, Santiago Instituto Chileno de Administración de Empresas ICARE, 1988. P.36.
- 6) DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980, artículo 23.
- 7) ARTHUR ERRAZURIZ Guillermo, *Régimen Legal del nuevo sistema de pensiones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p.351.
- 8) Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). www.safp.cl
- 9) DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 19 inciso 2.
- 10) DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 45.

Bibliografía

1.- DL 3500/1981

2.- PIÑERA, JOSÉ: La revolución Laboral en Chile. Editorial Zig-Zag. Chile año 1990

3.- PIÑERA, JOSÉ: El cascabel al gato. La batalla por la Reforma previsional .Ed. Zig-Zag. Chile 1991.

4.- CENDA, “Algunos Principios Básicos a Considerar en el Diseño del Nuevo Sistema provisional Chileno” [16-11-2008]

Disponible en:

http://www.cep.cl/Cenda/Cen_Documentos/Indice_AFP_Cenda/Reforma_Pension es/Propuesta_Cenda_2006/Anexos/Ejemplos.pdf

5.- BERSTEIN, SOLANGE. Superintendente de AFP. *Reforma Previsional y Competencia en el Sistema de AFP*. Santiago, 23 de abril de 2008 (en línea).

6.- Consultor Práctico Laboral y Seguridad Social. *Tema del Mes: la Reforma Previsional*. Editorial Punto Lex. Nº 34, julio de 2008

SITIOS DE INTERNET

- www.mintrab.gob.cl

- www.reformaprevisional.cl

- www.gobiernodechile.cl

- www.aafm.cl

- www.ingreforma.cl

- www.safp.cl

- www.subprevisionsocial.cl

- www.dipres.cl

INDICE

INTRODUCCIÓN	02
CAPITULO I	
1.- EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO.....	08
1.1 Reseña Histórica.....	09
1.2 Capitalización Individual.....	13
1.3 Universalidad.....	15
1.4 Libertad.....	17
1.5 Administración privada.....	18
CAPITULO II	
2.0- FUNCIONAMIENTO Y FINANCIAMIENTO.....	21
2.1 Cotización obligatoria.....	21
2.2 Retención por parte del Empleador.....	23
2.3 Las Administradoras de Fondos de Pensiones y la rentabilidad.....	30
2.4 Los Multifondos.....	32
2.5 La Superintendencia de Pensiones.....	39
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	49