

LA REFORMA PREVISIONAL, MÁS ALLÁ DEL 5%

THE PENSION REFORM, BEYOND 5%

*María José Zaldivar Larrain**
*Andrés Romero Werth***

RESUMEN: En este trabajo abordamos algunos de los temas considerados en la contingencia previsional chilena reciente que no han sido objeto de la discusión principal, pero que, no obstante, tienen el potencial de convertirse en nudos o avances de gran relevancia en la misma. La incorporación obligatoria de los trabajadores independientes al sistema de pensiones y al resto de la seguridad social es uno de los grandes desafíos de la reforma, el cual enfrenta la complejidad de los intereses del Estado en cuanto empleador de muchos de ellos. En igual sentido, la reformulación del Ahorro Previsional Voluntario Colectivo, el gran fracaso de 2008, da esperanzas de incorporar efectivamente un elemento común en el Derecho extranjero y escasamente utilizado en Chile. Los avances en los procedimientos de cobranza son una de las propuestas más novedosas, con el potencial de generar una importante mejora si son de manera correcta implementados, u otro gran fracaso si no lo son. Por último, la reforma a los sistemas previsionales de las Fuerzas Armadas y de Orden presenta el desafío de compatibilizar tales regímenes con el general sustituyendo los incentivos laborales que el esquema actual genera en beneficio del Estado.

PALABRAS CLAVE: Reforma de pensiones - Trabajadores Independientes - Ahorro Previsional Voluntario Colectivo - Cobranza Previsional - Pensiones Fuerzas Armadas.

* Abogada, Pontificia Universidad Católica. Gerente general en Ciedess. Ex Superintendente de Seguridad Social. Correo electrónico: mjzaldivar@ciedess.cl

** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Colaborador de la OISS. Investigador Jurídico CIEDESS.

ABSTRACT: The following paper presents some of the topics taken into account in the current discussion in the reform of the Pension System in Chile. Although these topics have not been the center of the discussion about pensions, they carry the potential to turn themselves into the tipping point in the Pension System. One of the biggest challenges in the pension reform relates to the mandatory inclusion of independent workers into the pension system and other social security schemes. Particularly, this inclusion involves complexity of the Government as employer of many of these workers. In the same way, the reformulation of the Voluntary Collective Pension Saving (APVC) scheme, the big failure in the 2008 reform, gives hope to effectively establish an element common to foreign pension systems, but hardly ever used in Chile. Improving the contribution collection procedure is one of the most original reform proposals recently made, with the potential of producing an important benefit if it is correctly implemented, or another big failure if it's not. Finally, the pension system reform meets the challenge of making the Law Enforcement and Armed Forces pension scheme compatible with the general one, along with replacing the labor incentives that the scheme produces in benefit of the State.

KEYWORDS: Pension Reform - Independent Workers - Pension Contribution Collection - Voluntary Collective Pension Saving - Armed Forces pension.

* * *

A nueve años de la última reforma previsional importante, realizada por la ley N° 20.255, de 2008, existe un amplio consenso respecto de la necesidad de realizar nuevas modificaciones con el objetivo de perfeccionar el sistema a fin de mejorar el monto final de las pensiones que los chilenos estamos recibiendo. Solo para recordar, el sistema de pensiones chileno se basa principalmente en el ahorro propio y en la capitalización individual, y, a partir de la reforma del año 2008, se complementa con prestaciones no contributivas que conforman el llamado pilar solidario.

Es cierto que en aquella reforma la discusión principal quedó entregada precisamente a la creación y regulación de estas prestaciones, pero existieron otros beneficios y procesos que se podrían decir anexos, como la creación del bono por hijo o el proceso de licitación de carteras de nuevos afiliados, que también se regularon en forma exitosa y constituyeron avances respecto al modelo existente; mientras que otros, de gran relevancia, como la incorporación obligatoria de los independientes no tuvieron la misma suerte.

Es por eso que en este trabajo lo que buscamos es evitar caer nuevamente en la ceguera de los grandes temas de la reforma que ha planteado el proyecto del ejecutivo: en este caso, el aumento de la cotización en cinco

puntos, su administración por un ente público autónomo diferente de las Administradoras de Fondos de Pensiones, el origen y el destino de dichos fondos, que, por lo demás, será y ha sido el centro de la discusión desde su anuncio. En su lugar, nos detendremos en algunos temas que podrían parecer secundarios, se encuentren o no contenidos en el proyecto enviado, y cuya incidencia puede significar tener que nuevamente en un par de años comenzar una nueva discusión respecto de modificaciones necesarias para el sistema.

A.- LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Uno de los grandes avances que se incorporaron con la ley N° 20.255 fue la regulación de la incorporación obligatoria de los trabajadores independientes al sistema de pensión. No obstante, siendo rigurosos debemos señalar que se trató solo de la incorporación obligatoria de algunos independientes o, incluso con mayor precisión, solo de los boleteros, las personas que por la obligación tributaria del artículo 42 N° 2 de la ley de la renta están obligadas a extender boletas de prestación de servicios, encontrándose afectos a impuesto a la renta respectivo. La precisión es importante porque, si bien una parte importante de los así obligados son trabajadores independientes, en el sentido laboral de no estar sometidos a un empleador ni tener trabajadores bajo su dependencia, también incluye a trabajadores regidos por el estatuto administrativo a los cuales no se les aplica el carácter de independientes, sino que solo están en esta categoría por la obligación tributaria asociada a los contratos de honorarios celebrados con las instituciones fiscales.

Los intentos de cobertura de los trabajadores independientes en Chile tienen una larga historia, partiendo en la ley N° 4.054, del Seguro Obrero Obligatorio, que facultaba la incorporación voluntaria bajo ciertos requisitos; y siendo extendida por la ley N° 10.383, del Servicio de Seguro Social, que incorpora de forma obligatoria a los independientes con rentas inferiores a tres ingresos mínimos anuales. Intentos todos que fueron infructuosos, por lo que, al momento de promulgarse el DL 3.500, primando un criterio de realidad, se vuelve a dejar de lado a este segmento de trabajadores, retornando, en última instancia, a una cobertura voluntaria.

¿Por qué no se avanzó en la obligatoriedad? El principal factor a considerar fue la dificultad del control y fiscalización que se produce de la obligación de cotizar, cuando no hay una entidad intermedia retenedora, a lo que se suma la heterogeneidad de los miembros de la categoría. El concepto de trabajador independiente, tanto en lo jurídico como en los hechos es un remanente, un conjunto donde se agrupa la totalidad de personas que, recibiendo ingresos por las labores personales, no están sujetas al esquema del trabajo dependiente. Es decir, se definen por lo que no son. Esto ha llevado

a que exista un importante número de trabajadores que se encuentren al margen de la seguridad social y de sus prestaciones, con todas las dificultades que eso significa para ellos mismos y para el Estado.

Solamente con el desarrollo de las tecnologías de la información aplicadas al campo tributario, se comenzó a ver la posibilidad de usarlas para darle solución a este antiguo problema de la seguridad social. La idea básica de la reforma era sencilla: todo trabajador sujeto a la obligación de generar una boleta de honorarios se encontraría obligado a realizar cotizaciones: para pensiones una vez al año, con la posibilidad de adelantar su solución mediante pagos provisionales; para el régimen de salud la obligación sería mensual. En uno y otro caso los pagos realizados mes a mes serían sobre la base de la renta declarada, pero en la operación renta del año siguiente (correspondiente a los ingresos del año actual) se reliquidaría los pagos realizados con los montos declarados como ingresos, cobrándose el saldo que faltase, en primer lugar, de las eventuales devoluciones de impuestos y, a falta de estas, de forma compulsiva por medio de tribunales. Avanzada la tramitación del proyecto, se incorporó también la adscripción al Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, como una forma de generar un incentivo para que los independientes cotizaran para el sistema de pensiones, considerando que los beneficios de este seguro los podrían percibir en el corto plazo en caso de sufrir una contingencia, a diferencia de lo que sucede con el sistema de pensiones cuyos beneficios se devengan en el largo plazo, esto es al final de la vida laboral del trabajador¹.

Para fines de la base de cálculo de las cotizaciones de los independientes, se estableció que esta sería de un 80% de las rentas afectas al impuesto de segunda categoría o, si se prefiere, al 80% del monto de la boleta, con mecanismos de reliquidación para los casos de concurrencia de ingresos como dependiente e independiente, y un tope imponible anual equivalente a doce meses de tope imponible². Para facilitar la transición a la obligatoriedad se dispuso un proceso de diez años: los tres primeros mantendrían la voluntariedad existente; los tres siguientes serían obligatorios con la opción de manifestar el deseo de excluirse y pagando sobre una base creciente del 30%, 70% y 100% de la base de cálculo preestablecida; para entrar en un séptimo año de obligatoriedad total para pensiones y accidentes del trabajo, y un décimo año en el cual sería obligatoria también la cotización de salud. Incidentalmente se esperaba que, al normalizarse la situación de las obligaciones previsionales de los independientes, igualándose obligaciones y

¹ Tal incorporación, por desgracia, no consideró las dificultades que supone la prevención en todo el conjunto de las empresas pequeñas, ni la forma de operativizar las cotizaciones variables como incentivo de la misma, todas cuestiones que se diluyen al aplicárselas a los independientes.

² Curiosamente, el mínimo no se anualizó.

derechos con los dependientes, desapareciera el estímulo económico de la simulación de contratos a honorarios.

A pesar de lo generoso del periodo establecido, el proceso fue un fracaso, comenzando muy rápidamente a mostrar dificultades. Por lo pronto, la etapa inicial de tres años, que debió ser utilizado para informar y sensibilizar a la población objetivo, no fue efectiva. Por otra parte, una vez iniciado el periodo de obligatoriedad, muchas de las instituciones beneficiadas, particularmente en el sector de la salud laboral, carecían de personal capacitado para recibir las afiliaciones de los independientes. Las plataformas de pago de cotizaciones tardaron en implementar los mecanismos que suponían las nuevas variables utilizadas. No obstante, quizá la dificultad más importante vivida en la implementación fue la poca claridad que había respecto a los plazos de pago de las cotizaciones. Como señalamos, el pago de pensiones era anual, con posibilidad de adelantos, mientras que el pago por riesgos del trabajo era mensual, con una reliquidación anual por los montos adeudados³. El resultado de la mezcla fue la impresión de que todos los pagos eran anuales (creencia que se mantiene hasta hoy) y cuyo efecto fue que, si bien se cobraban las sumas adeudadas, como no se estaba al día al momento de un accidentes del trabajo no se podía acceder a las prestaciones. Junto con ello, se comenzó a incrementar el número de trabajadores independientes que optaba por excluirse, cayendo los trabajadores cubiertos desde un 14,19% en 2013, a solo un 7% en 2015. El golpe final al sistema fue dado por la jurisprudencia de los tribunales, los cuales, ante situaciones en las cuales la devolución de impuestos no era suficiente para solucionar el saldo pendiente de pago, rechazaron las acciones de cobranza sobre la base que un trabajador independiente no podía ser acreedor y deudor a la vez.

Así, al acercarse el séptimo año de la etapa de transición, los rumores de una postergación en la aplicación del régimen comenzaron a incrementarse, no obstante la postura de los órganos consultivos del sector pensiones, que apoyaban la necesidad de mantener el proceso. A fines de noviembre de 2015, se da inicio a la tramitación de la postergación, la cual también altera de forma importante el funcionamiento hasta ahora planteado, siendo publicada como la ley N°20.894 en enero de 2016. En lo que a tiempos se refiere, postergó la obligatoriedad otros tres años, haciéndola coincidir con la aplicación de las cotizaciones por salud, permitiendo, también, la realización de pagos de cotizaciones a salud y riesgos del trabajo de forma independiente a los realizados para pensiones, en base a rentas declaradas.

Un segundo elemento de modificación fue la alteración de la prelación de pago de las prestaciones en caso de resultar insuficientes los fondos retenidos por impuestos para su entero. En la ley N° 20.255 primero se pagaban

³ El pago por salud también es mensual, pero no será obligatorio hasta 2018.

las cotizaciones al sistema de pensiones, sobre la base de que al ser un sistema de acumulación en el largo plazo era más vulnerable a la falta de pago. La solución otorgada por la ley N° 20.894 fue diversa. Partiría pagándose el seguro de invalidez y sobrevivencia, luego la cotización por riesgos del trabajo, las cotizaciones a la cuenta de capitalización individual y la comisión de la administradora, los saldos insolutos de años anteriores y, finalmente, la cotización de salud. ¿Qué ocurre si, como es probable, no pueda pagarse todo o parte de las cotizaciones? Pues se generará una cuenta de saldos por cobrar, ya que además la nueva reforma eliminó la posibilidad de realizar un cobro compulsivo al independiente deudor⁴.

Así, si consideramos ingresos anuales por seis millones de pesos (medio millón mensual), se genera una retención tributaria por seiscientos mil pesos. Como se encuentra en el tramo exento corresponde su devolución. Si no se ha pagado ninguna cotización, en la situación original de la ley N° 20.255, el resultado era:

Base imponible: \$4.800.000 (80% de seis millones); pensiones (10%) \$480.000; seguro de invalidez y sobrevivencia (1,41%) \$67.680; comisión AFP (0,41%) \$19.680; seguro de accidentes del trabajo (0,95%) \$45.500; salud (7%) \$336.000. Total \$948.860. Pagándose, en consecuencia, la totalidad de los conceptos de pensiones y parte de la cotización por accidentes del trabajo, si bien a esa altura no hay acceso a las prestaciones. No obstante, ello solamente aplica a los trabajadores con ingresos exentos de impuestos, ya que en caso de tener que pagar, el monto de la devolución se reduce, no alcanzando a cubrir la totalidad de los pagos de pensiones.

En el caso de la modificación de la ley N° 20.894, al modificar el orden de prelación, incluso en el caso de un afiliado exento de impuestos comienza a generar un déficit, que en este caso se produce en el pago de las cotizaciones y la comisión de la administradora. Si se considera la obligación de pagar impuestos, entonces la retención no alcanza a financiar las cotizaciones a la cuenta individual.

¿Qué ocurre con la nueva reforma? El tema de los trabajadores independientes ocupa un lugar muy menor en el proyecto, destacando únicamente el hecho de que se establece un nuevo cronograma de aplicación, es decir, se vuelve a postergar la implementación de la obligatoriedad.

La incorporación obligatoria de los trabajadores independientes, hasta la fecha, no ha recibido la atención y cuidado que se necesita para su concreción. Por una parte, tanto autoridades como entidades administradoras de la seguridad social parecieran no haber internalizado que la categoría de

⁴ Téngase presente que el artículo N° 4 de la ley N°20.894 hace imposible la aplicación de las normas de la ley N° 17.322 a las deudas por cotizaciones de pensiones. Esto no aplica a la deuda que se genera por salud, ni impide realizar la cobranza por otros procedimientos, lo cual puede ser una vía para el cobro de las comisiones de administración que se adeuden.

trabajador independiente es dinámica, esto es, una persona puede ingresar y salir de ella en múltiples ocasiones, incluso puede coexistir con un empleo dependiente. Por ello, el pago mensual de cotizaciones no es sensato. En muchos casos el trabajo independiente es fuertemente estacional, por lo que el periodo en que se pueden realizar pagos es limitado. Las reformas que apuntan hacia la mensualización de los pagos van en beneficio de las instituciones administradoras de riesgos de corto plazo (salud) que requieren contar con flujos de ingresos, más que en beneficio de una adecuada cobertura, aunque también es cierto que si no se está al día en el pago no se tiene acceso a la cobertura de este tipo de sistemas. Por esta razón, lo más adecuado sería pensar en un sistema de cobro anual, pero con cobertura hacia adelante o a futuro, y no como estaba contemplado en la ley N° 20.255 que era hacia atrás.

La prelación de pagos también resulta perjudicial, al socavar las posibilidades de acumulación de recursos en el tiempo. Queda la duda respecto a la articulación de estas cotizaciones adeudadas y las nuevas cotizaciones que se introducen, ya que se altera nuevamente la prelación a fin de incorporar el cargo al ahorro colectivo antes que los pagos al ahorro individual. Considerando los montos de cotización y de retención tributaria, los trabajadores independientes no afectos al pago de impuestos solo conseguirán financiar de forma parcial sus cotizaciones a la cuenta de capitalización (cerca del 50% del pago del cuenta de capitalización individual), mientras que aquellos afectos a impuestos podrían, incluso, no concurrir a financiar el ahorro colectivo.

En esta misma línea resulta llamativo que el proyecto de ley no se haga cargo de que una retención de solo el 10% del valor de la prestación de servicios no es suficiente para poder hacer frente a la totalidad de la obligación previsional existente en la actualidad, que es aproximadamente de un 21%, considerando el 7% para salud que aún no es obligatorio y que, de aprobarse el proyecto enviado al Parlamento, aumentaría en un 5% más. Es necesario, por lo tanto, alinear ambas cifras, para evitar que esta deuda de los independientes con la Seguridad Social siga aumentando y puedan acceder a los beneficios de esta. En tal línea, los diferentes informes que fundaron las reformas de pensiones de la última década ya habían hecho hincapié en la necesidad de incrementar el monto de la retención. No obstante, al tratarse de un monto que compite con las obligaciones tributarias, para un independiente afecto a impuestos el solo aumento de la retención es insuficiente. En tal línea debería ajustarse el mecanismo conforme a la modalidad que se utilizaba para las empresas, esto es, una retención variable en función del comportamiento del año previo, la cual aumenta (o disminuye) si se cumple voluntariamente con la provisión de los pagos.

Por último, muy en línea con lo anterior, el elemento más perturbador es la imposibilidad de obtener el pago de las cotizaciones adeudadas. En la práctica ello fue una respuesta a la jurisprudencia que señalaba la imposi-

bilidad del independiente de ser acreedor y deudor a la vez. Sin embargo, tal aproximación es resultado de un análisis superficial de las obligaciones de seguridad social, que, como parte del derecho social, es una mezcla de disposiciones de orden público establecidas en resguardo de la comunidad y de instituciones privadas, en beneficio de los sujetos. El error se produce al combinar la propiedad de los fondos de pensiones en beneficio del afiliado y el hecho que el mismo afiliado sea deudor. Ciertamente, una persona no puede cumplir una obligación de dar en beneficio propio. Pero la objeción es que la seguridad social no comprende únicamente obligaciones de dar, sino que hay una fuerte presencia de obligaciones de hacer. Generalizando, es posible decir que la seguridad social opera con dos niveles de obligaciones: por una parte, la obligación de entrar en una relación contractual dirigida por el Estado, ya sea en la forma de un seguro, como en el sistema de salud o de riesgos del trabajo; o de un patrimonio de afectación, como en la cuenta de capitalización individual o la cuenta individual del seguro de cesantía; y en un segundo nivel se encuentra la obligación generada por tal contrato, la que a su vez puede ser de dar o hacer. Y el caso específico del sistema de pensiones contiene toda la variedad, ya que cuenta con tres componentes diferentes: es una obligación de dar en cuanto el pago de la comisión y del seguro de invalidez y sobrevivencia transfieren el dominio de tales fondos, pero es una obligación de hacer respecto a la cuenta individual, precisamente porque se mantiene la propiedad. Digno es notar que ello ocurre no solo en el caso del trabajador independiente, sino que también del dependiente. El empleador es un agente retenedor y, como tal, entrega a la institución previsional fondos que se consideran propiedad del trabajador desde el momento en que le pagó la remuneración, por lo que dicho pago no transfiere el dominio de los mismos, cuestión que explica que el no entero de cotizaciones previsionales descontadas constituya un delito de apropiación indebida y no un mero incumplimiento contractual.

B.- EL AHORRO PREVISIONAL VOLUNTARIO COLECTIVO

Una de las grandes innovaciones introducidas por la ley N° 20.255, fue la creación del marco regulatorio de los planes de ahorro colectivo (APVC), elemento bastante común en los sistemas de pensiones comparados, pero que hasta esa fecha recibía escasa atención en nuestro país, dadas las características más individualistas de nuestro sistema. Con todo, la misma experiencia comparada muestra las dificultades del establecimiento de los planes, particularmente las asociadas al uso de beneficios fiscales y la eventual discriminación que puede producirse. Por otra parte, también existe abundante evidencia respecto al impacto potencial de los mismos en la acumulación de recursos para el momento de la jubilación. Por ello, el establecimiento del

APVC en nuestro país traía consigo importantes expectativas. En su arquitectura original, se trataba de planes contratados por el empleador por sí y en representación de sus trabajadores, con una institución autorizada para hacerlos, en los cuales se determinarían las condiciones del plan: niveles de aporte, quienes aportarían, propiedad de los fondos, plazos mínimos de permanencia, etc. No obstante, se establecían unas condiciones mínimas a los términos especificados: el ofrecimiento a adherir a estos planes debería realizarse a todos los trabajadores; no podría discriminarse entre trabajadores respecto al acceso a un plan o a las alternativas de ahorro existentes en los mismos; los aportes patronales deberían mantener la misma proporción en relación con el aporte de los trabajadores, con la sola excepción de poder contener un tope máximo, así como un tiempo mínimo de permanencia. En cuanto al tratamiento tributario de los aportes, estos se considerarían para la empresa como gastos necesarios para producir la renta al incorporarlos al plan, pero como ingresos al retirarlos, mientras que para el trabajador sus aportes podrían optar por quedar afectos a impuestos, en cuyo caso el retiro sería exento de ellos, o eximirlos de impuestos, quedando gravado su retiro.

La discusión legislativa en torno al APVC generó varias modificaciones que apuntaban a precisar su funcionamiento, entre las cuales la principal fue la creación de un segundo régimen de bonificaciones tributarias para el APV y el APVC, que entregaría el 15% de lo ahorrado en el año, con un tope. Dicha innovación fue producto de las críticas a los escasos incentivos que reportaba este instrumento de ahorro voluntario para las personas de ingresos bajos y medios. No obstante, también existieron críticas similares respecto a la efectividad que podría tener como incentivo para los empleadores, así como también propuestas dirigidas a permitir que los fondos así acumulados pudiesen tener usos no previsionales, como, por ejemplo, para vivienda y educación, y así permitir incentivar aún más su adscripción. En suma, existían dudas respecto al interés que generaría el instrumento entre los trabajadores y los empleadores.

En los hechos las dudas se mostraron fundadas, dado que la utilización de los mecanismos de incremento de cobertura contributivos planteados por la ley N° 20.255, ha sido marginal⁵. Desde diciembre de 2009 a marzo de 2017, las estadísticas del APVC muestran que el primer impulso del mecanismo llegó hasta diciembre de 2013, donde existieron dos mil doscientas cuentas individuales que involucraban a ciento veintidós planes de APVC, las que mantenían un saldo promedio de \$543.000. Tres años y medio después, conforme la última estadística disponible, en marzo de 2017, las cuentas son mil trescientas setenta y tres, en noventa y tres planes de APVC, con un saldo promedio de un millón setecientos mil pesos. Si se

⁵ Tanto el APVC como la afiliación voluntaria y la afiliación de independientes.

considera la cobertura en relación a la totalidad de los cotizantes al sistema, es inferior al 0,5%.

Teniendo presente la importancia del ahorro voluntario en la construcción de una futura pensión, en los beneficios anexos que esta forma de ahorro colectivo trae consigo, así como en la baja cobertura que este instrumento ha registrado en nuestro país, resulta indispensable proponer modificaciones al APVC. Por lo cual, bajo un diagnóstico en el que se destaca como uno de los principales obstáculos la poca flexibilidad del instrumento, la principal modificación planteada es eliminar la disposición de no discriminación que de forma tan rigurosa planteara la ley N° 20.255, suprimiendo la referencia al carácter igualitario de los planes y a la proporcionalidad de los aportes realizados a los trabajadores. No obstante, como al derecho repugna el concepto de discriminación, se exige que la existencia de aportes diferenciados se justifique en el nivel de remuneración, vinculándose también a este hecho a eventuales diferencias en el tiempo necesario para adquirir la propiedad de los aportes patronales. Aprovechando la experiencia internacional, el proyecto de reforma introduce la inscripción automática de los trabajadores al plan, con opción de exclusión, cuestión que tiene reconocidos efectos positivos en el ámbito comparado, producto de la inercia conductual de las personas.

Finalmente, quizá el punto más delicado es el tratamiento tributario del beneficio, donde se debe equilibrar la capacidad de hacer atractivo un régimen que es estrictamente voluntario, con el gasto de recursos y su eventual concentración en los segmentos de mayor poder adquisitivo⁶. Conforme la propuesta, el tratamiento tributario del trabajador permanece, cambiando el del empleador, el cual mantendrá el tratamiento de gasto necesario respecto a una parte de sus aportes, y la otra generará un crédito, siempre que su aporte supere el del trabajador y represente a lo menos un 0,5% de su remuneración. El monto del crédito y, en consecuencia, también de la porción que será gasto, depende del nivel de remuneraciones del trabajador, con un mínimo de 4%, para remuneraciones anuales superiores a 895 UF y un máximo de 25%, para remuneraciones inferiores a 315 UF anuales. En todo caso, existe un crédito tope de 1,4 UF por trabajador.

También se incorpora la posibilidad de uso adicional de los recursos, permitiendo el retiro de hasta el 25% de los aportes del empleador, que ya sean de su propiedad, por una sola vez por cada relación laboral, pero sujeto al pago de impuestos.

Con todo, quedan dudas razonables respecto del grado de incentivo que esta regulación tiene para la creación y adscripción a planes de APVC. Desde el punto de vista del empleador parece todavía demasiado rígido en

⁶ En el Derecho Comparado tal situación ha generado amplios debates respecto a la estructura del sistema de pensiones en Australia.

su estructura. Los planes no deberían tener requerimientos para su creación en sí mismos, sino para acceder o no a los eventuales beneficios tributarios, permitiendo la coexistencia de multiplicidad de planes diferentes. En tal sentido, los planes previsionales ocupacionales del sistema australiano (*Superannuation*) son un ejemplo valioso. En ellos se contiene un componente mínimo, tanto de aportes como de beneficios⁷, los cuales pueden ser alterados, dentro de ciertos límites, para generar una pensión anticipada al trabajador que, como contrapartida, debe iniciar un periodo de transición al retiro, dando fecha cierta de desvinculación de la empresa, entre otras modalidades posibles.

De igual forma, el crédito otorgado al empleador por los aportes patronales parece pequeño en comparación al concedido a otro tipo de donaciones, donde el beneficio tributario corresponde al 50% del monto donado con ciertos topes, existiendo si ciertas restricciones para evitar el aprovechamiento por personas relacionadas.

C. COBRANZA DE COTIZACIONES

Una de las grandes novedades que introduce el proyecto de reforma se da en el funcionamiento de la cobranza previsional, la cual busca que sea realizada de forma centralizada, por medio de una importante reingeniería al artículo 19 del DL N° 3.500. La idea de unificar el proceso de cobro cuando el deudor es el mismo lleva bastante tiempo siendo debatida, teniendo la potencialidad de simplificar bastante el funcionamiento de estos procedimientos. No obstante, también cuenta con ciertas dosis de dificultad. En lo que refiere al proyecto en sí, solo ordena la existencia de un sistema único de cobranza de cotizaciones, regulando, asimismo, la distribución de los montos obtenidos en representación de varios afiliados que abarquen a varias administradoras. Sin embargo, gran parte de las normas propuestas refieren a otras futuras que dictarían los reguladores del ramo. También queda en el aire el problema de la responsabilidad por fallas en la tramitación, o los efectos cuando estas múltiples demandas se generan en tiempos diferentes. Quizá la mayor dificultad de todas sea el que no se aborda la situación de las demandas previsionales cuando son parte de una demanda laboral, lo que permitiría a un trabajador salir del conjunto y ser pagado de forma preferente sobre los demás.

En síntesis, si bien la propuesta parece un avance respecto de la situación actual, alcanzar su pleno potencial dependerá del grado de atención y supervisión que se dé al desarrollo de la idea y las soluciones a las dificultades prácticas que progresivamente irán apareciendo.

⁷ 9,5% de aportes, y un beneficio a suma alzada retirable a una edad determinada por el Estado (*preservation age*) de cincuenta y cinco a sesenta años, que exige retirarse de la fuerza de trabajo.

En esta línea no es trivial que se mencione la necesidad de contar con fuentes de información compartidas por las distintas entidades que tienen injerencia en esta materia. Actualmente la base de información de obligaciones previsionales más completa es la de Previred, entidad privada que recauda cotizaciones previsionales de manera electrónica, y a pesar de que el objetivo de esta en ningún caso es o ha sido el de fiscalizar, la información que posee es valiosísima para poder cumplir con esta función.

Por otro lado, existen distintas entidades públicas que tienen parcelas de información, que si estuvieren en línea o se compartieran podrían ser facilitar las acciones de cobranza. Por ejemplo, información del Servicio de Impuestos Internos o de las municipalidades respecto de los domicilios actualizados de empleadores, a fin de poder notificarlos válidamente, o información del Servicio de Impuestos Internos y de Tesorería respecto de eventuales devoluciones de impuestos que pudieren permitir solucionar deudas respecto de terceros. La Dirección del Trabajo, órgano llamado a fiscalizar el correcto cumplimiento de las obligaciones previsionales, debería poder contar con toda la información actualizada en línea, y no a través de solicitudes remotas.

D. LAS PENSIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE ORDEN

“Con un nivel de cotizaciones similar, las pensiones de las Cajas de las FFAA y de orden son entre 4 y 7 veces mayores que en el sistema general”, así titulaba a fines de marzo Ciedess el lanzamiento de su estudio sobre el sistema de pensión de militares y de carabineros, que abordaba el funcionamiento de los mismos, luego de estar un año sujeto al escrutinio público que significó el develamiento de las imponentes pensiones pagadas a funcionarios de la administración civil de dichas reparticiones, las cuales habrían excedido los parámetros legales.

Abordar el funcionamiento de las últimas Cajas de Previsión abiertas en Chile se mostró justificado, atendido que para personas que han vivido bajo el paradigma del funcionamiento del sistema de capitalización individual, en que el conocimiento del antiguo régimen de Cajas es principalmente teórico, el funcionamiento de estas instituciones es sumamente extraño.

El primer factor a considerar es que se trata de dos Cajas diferentes: una que abarca al sistema de las Fuerzas Armadas (ejército, marina, aviación) y otra a las Fuerzas de Orden (Carabineros, Investigaciones, Gendarmería), cada una de las cuales cuenta con personalidad jurídica propia. No obstante lo cual, las prestaciones existentes en una y otra son extremadamente similares, contando con los mismos tipos de pensiones, idénticas nomenclaturas y requisitos análogos. En comparación, el Instituto de Previsión Social mantiene la administración de varios regímenes que son diferentes entre sí, tanto

en las prestaciones que otorgan como en los requisitos para acceder a las mismas. Más raro todavía es que el financiamiento realizado a través de imposiciones se divide en varios fondos, cada uno de los cuales representa una prestación diferente, al cual concurre junto con otras fuentes de financiamiento. Entre estos fondos se encuentran varias peculiaridades, tales como el Fondo Revalorizador de Pensiones, creado en 1968 como un mecanismo de ajuste de los beneficios para evitar su merma producto de la inflación⁸, el cual quedó obsoleto en 1979, cuando el DL N° 2.547 estableció un mecanismo de reajuste automático a las pensiones otorgadas con posterioridad a su dictación, y al que tras casi cuarenta años se sigue cotizando. Otra notable curiosidad es que no obstante estar administrados por una misma institución (CAPREDENA), el financiamiento de las prestaciones sanitarias de cada una de las ramas de las FF.AA. tiene su propio fondo, más un fondo adicional de la misma CAPREDENA. En el sector de orden la situación es similar, toda vez que bajo una misma administración (DIPRECA) las prestaciones otorgadas por desahucio tienen regímenes diferentes que dependen de la institución a la que se esté vinculado (Carabineros, Investigaciones o Gendarmería) y, existiendo un fondo de medicina preventiva y curativa, hay otro fondo específico para el hospital DIPRECA.

En realidad, este tipo de funcionamiento era típico en la antigua seguridad social chilena, donde los regímenes de previsión eran de corte ocupacional, esto es, vinculados al trabajo que realizaba el afiliado, contando con la administración integral de los diferentes campos que componen la disciplina. En el caso específico del sistema previsional de las FF.AA. y de Orden, existe una necesidad apremiante de modernización de su normativa orgánica la cual data de principios del siglo pasado, lo que se suma a una dispersión importante de su normativa, entre diversos cuerpos legales, varios de los cuales están sometidos a derogaciones parciales, sobreviviendo solamente uno o dos artículos en uso. No es exagerado decir que estas instituciones están reguladas por un conjunto de retales.

Con todo lo negativo que ello puede ser, no es el asunto más significativo del sistema. Como se ha remarcado en los últimos años, que el sistema previsional de las Fuerzas Armadas y de Orden sea un régimen especial se justifica en la particularidad del empleo por ellas realizado. Tal afirmación tiene algo de cierta, toda vez que se trata de carreras sujetas a un único oferente de empleo: el Estado, y cuyo ejercicio fuera de este o es imposible o está fuertemente limitado, sin una reeducación profesional. A su vez, se trata de verdaderas carreras funcionarias: la progresión en el escalafón se encuentra regulada y sujeta a evaluación, y la posibilidad de tener que abandonar de manera involuntaria la institución antes de completar la carrera es cierta.

⁸ Recordemos que la reajustabilidad automática de las pensiones, hoy pagadas en unidades de fomento, no fue una medida generalizada durante el régimen de Cajas de Previsión.

No obstante lo antedicho, existen tres puntos a lo menos en los cuales es posible realizar observaciones de fondo: la cobertura personal, el nivel de imposiciones y el acceso a ciertos beneficios.

En lo que tiene relación con la cobertura personal, el carácter de miembros de las FF.AA. y de Orden y las peculiaridades de estas profesiones son, como ya se señaló, la principal justificación de su existencia. El problema se presenta en que no son estos funcionarios los únicos cubiertos por estos programas. También se incluye a los funcionarios de cada una de las Cajas de Previsión, a los profesores de las instituciones involucradas (aunque sean civiles), a quienes gocen de pensiones de estos regímenes, a funcionarios de ciertas instituciones incorporados por leyes especiales, a los alumnos de las escuelas institucionales, a las cargas familiares del personas de planta y al personal de las subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación, para efectos de la atención médica. La ley orgánica de CAPREDENA, incluso, incorpora al personal del Registro Civil⁹. En suma, no todos los beneficiarios de estos regímenes cumplen con las condiciones por las cuales se justifica su existencia, siendo, en buena parte, trabajadores corrientes que realizan labores administrativas y cuya incorporación al sistema de capitalización individual no debiese suponer un problema de continuidad. Esta característica se extiende también a varios funcionarios propiamente militares, cuyas actividades profesionales en las instituciones armadas no suponen por sí una dificultad para realizar sus actividades posteriormente en el mundo civil, tales como el personal sanitario o legal.

El segundo punto, el nivel de las imposiciones, merece particular atención, toda vez que estos regímenes son el exponente más extremo de un problema, pero en modo alguno los únicos aquejados por él: la elusión previsional fiscal. En términos generales, los conceptos de evasión y elusión son derivados de la doctrina del Derecho Tributario, particularmente, del angloparlante, representando dos formas diferentes de evitar la generación de obligaciones. En la evasión ello es realizado a través de un mecanismo antijurídico, que, en su forma más burda, constituye un mero incumplimiento y, en las más elaboradas, una simulación, pero que, en ambos, casos su develamiento acarrea una sanción. La elusión, en tanto, es el producto de la aplicación de un beneficio normativo, el cual puede ser utilizado o no de la forma pretendida por el legislador, pero cuyo resultado es la exención de la obligación. Observada que sea la conducta, aun cuando no sea el uso para el cual fue creada la norma, es una actuación legítima y por tanto no punible¹⁰. En el caso de la Seguridad Social, estas categorías tributarias toman un

⁹ Situación que muestra los efectos del abuso de la derogación tácita de normas, y ha generado el enfrentamiento judicial de algunas instituciones con el Estado por la poca claridad del estatuto aplicable.

¹⁰ Hay que reconocer, en todo caso, que en la legislación reciente, evasión y elusión se utilizan como sinónimos, no obstante su clara diferencia conceptual.

giro adicional, por cuanto aquí el Estado es tanto el regulador del sistema y mantenedor de los intereses públicos que este involucra, como un sujeto obligado más, en cuanto empleador de los funcionarios públicos. De allí que sea posible que el Estado regulador dicte normas en beneficio del Estado empleador, pero en perjuicio del interés general. En este caso la elusión toma la forma de prestaciones no remuneracionales.

Las prestaciones no remuneracionales corresponden a un conjunto de ingresos recibidos por el trabajador por parte del empleador que, en teoría, corresponde a una devolución de gastos que el primero realiza. Los más comunes de estos son las asignaciones por colación y locomoción; no obstante, en la mayoría de los casos, los pagos realizados no tienen relación con los costos realmente soportados en tales asuntos. También componen esta categoría los viáticos y la asignación por desgaste de herramientas. Como sin duda podrá apreciarse, es posible utilizar formalmente estas categorías para evadir tanto el pago de impuestos como el pago de cotizaciones, toda vez que los ingresos no remuneracionales no forman parte de la base de cálculo de ninguna de estas obligaciones. Sin embargo, como el uso meramente formal de estas se constituiría en un abuso del derecho, la doctrina tributaria, reconocida también por el Derecho Laboral¹¹, limitan su uso a un monto razonable, por lo cual, en el sector privado, la presencia de ingresos no remuneracionales por montos anormales genera que la empresa sea llamada a justificar su pertinencia ante el fiscalizador tributario.

El problema se suscita porque en el sector público, y de forma particular en el sector de las Fuerzas Armadas y de Orden, los elementos que componen la remuneración son determinados por ley, la cual puede arbitrariamente darles el carácter de no remuneracional, reduciendo su categorización ya no a la naturaleza del pago sino a la mera voluntad legislativa, simplemente porque la ley lo dice.

Y los efectos de ello son serios. Si consideramos los ingresos que recibe un miembro del cuadro de suboficiales del Ejército, conforme a los promedios publicados por la institución en el portal de transparencia durante 2016: un cabo, primer nivel de este escalafón, tuvo, en promedio, ingresos¹² brutos por \$509.397, de los cuales el 58%, es decir, \$295.489 tenían el carácter de no remuneracional. Si se quiere ver desde la perspectiva de un trabajador del sector privado, es similar a recibir ingresos por \$500.000 y cotizar para pensiones únicamente por \$200.000. En el extremo opuesto de la carrera, un suboficial mayor recibía, en promedio, ingresos por \$1.504.691, de los cuales estaban afectos a descuentos solo \$744.392, es decir, el 49%. En el caso de Carabineros la situación llegaba a ser más radical, ya que, para

¹¹ Toda vez que involucra a principios laborales como la buena fe, la primacía de la realidad y la razonabilidad.

¹² Ingresos por cuanto incluye los componentes no remuneracionales.

los carabineros, las asignaciones no remuneracionales constituían el 60% de los ingresos.

En principio, se puede pensar que tal situación es un franco abuso legislativo en beneficio de estas instituciones (o de sus miembros), pero ello debe ser descartado, ya que los beneficios también se calculan sobre la parte imponible de los ingresos, esto es, sobre la remuneración. Como ejemplo un caso notable: un carabinero raso, conforme a datos de 2016, tiene ingresos promedio por la suma de \$578.390, pero, de ellos, solo constituye su remuneración y por lo tanto es imponible, la suma de \$228.471, el 40%. En este punto es donde tales sistemas toman un giro notable, ya que para acceder a una pensión de estas Cajas, se requiere cumplir un tiempo mínimo de permanencia de veinte años, para obtener una pensión equivalente a $\frac{2}{3}$ de los ingresos, los cuales, una vez cumplido el tiempo mínimo, cambian su carácter, ya que varios de los sus elementos que eran no imponibles se tornan imponibles, adicionándose una asignación que compensa la pérdida de poder adquisitivo que supone la nueva base de cálculo. Si se consigue llegar a los treinta años de servicio en la institución, la pensión corresponde al 100% de los ingresos imponibles. En cambio, en caso de abandonar la institución y, por tanto, dejar el régimen de Cajas, se genera un bono de reconocimiento equivalente a los aportes realizados. Con lo cual, como puede apreciarse, un miembro de estas Cajas, con un ingreso de quinientos, puede estar cotizando solo por doscientos; en caso de jubilarse dentro del sistema, puede optar por una pensión que cercana a sus ingresos reales, pero que, en caso de retirarse, solo le devuelve los aportes realizados por los doscientos, lo que se constituye en un fuerte incentivo a no abandonar la carrera. De allí que resultan preocupantes las declaraciones respecto a la facilidad de reformar estos regímenes. Sí, abordar una reforma en este campo es imprescindible, pero ello no será fácil ni barato. Si lo que se busca es crear un mecanismo compatible con el sistema de capitalización dos serán las principales dificultades: la necesidad de ajustar el gasto de personal al nivel real de ingresos y la pérdida del elemento "fidelizador" implícito en la arquitectura del sistema.

Un tercer punto de discusión en torno a estos regímenes se ha dado en torno a sus beneficios por invalidez, lo que en la nomenclatura de estas instituciones corresponde a las pensiones por inutilidad. Existen tres clases de estas: las que corresponden a una pérdida de capacidad que imposibilita la continuación del servicio profesional (1°), las que implican una inferioridad fisiológica para ganarse el sustento en la vida privada (2°) y las que impiden de forma total e irreversible valerse por sí mismo (3°). Las dificultades de estas prestaciones tienen varios flancos. Por una parte, la calificación de un sujeto como inválido para alguna de ellas es realizado por la propia institución a la cual pertenece, lo cual deja espacio para dudas acerca de su idoneidad; por otra parte, el cálculo del beneficio se realiza sobre la base de las prestaciones que recibe el mismo grado y con igual antigüedad en ejercicio,

más un aumento del 10% y tope en la remuneración íntegra, para la primera clase; mientras que, para la segunda y tercera, la prestación se calcula en una base *ad hoc*, sobre el total de los ingresos, de los cuales solo se excluye el rancho (asignación de colación) y con un monto mínimo equivalente a sargento segundo o teniente, todo ello sin reevaluación.

La discusión sobre la pertinencia de las pensiones de invalidez y su calificación dista de ser un tema sencillo. En estos regímenes especiales debe considerarse que se combinan las pensiones del sistema de capitalización con las del sistema de accidentes del trabajo, las cuales, si bien comprenden el mismo concepto de invalidez, una cierta pérdida permanente de capacidad de ganancia, lo hacen sobre dos bases diferentes: en el primero, sobre la capacidad general; en el segundo sobre el trabajo actual, lo que marca diferencias importantes. En tal sentido, deberían existir parámetros objetivos predefinidos para la evaluación de los efectos previsionales que permitieran realizar la evaluación por una entidad externa. Por otra parte, plantear la posibilidad de reevaluar estas pensiones parece un contrasentido respecto de la dirección en que se han desarrollado las prestaciones por invalidez del sistema de AFP, donde precisamente se han reducido las instancias de reevaluación¹³.

El problema de la existencia de este sistema de pensiones paralelo, por cierto, tensiona aún más el debate que se está llevando a cabo en nuestro país a fin de mejorar el monto de las pensiones que están recibiendo los imponentes del sistema de capitalización individual. Y es por eso que a pesar de que, en estricto rigor, no fue incorporado este tema en los proyectos enviados al Congreso por el Ejecutivo, hemos creído oportuno en este artículo darle cabida.

Como hemos tratado de explicar, dar una solución real a la problemática del sistema previsional de las Fuerzas Armadas y de Orden pasa necesariamente por sincerar el nivel de remuneraciones de sus integrantes, así como por dejar de utilizar las prestaciones de seguridad social como herramienta de fidelización. En este sentido, pareciera que para cumplir con este objetivo otras vías debiesen ser exploradas, pero nos parece improbable que la solución a estos problemas tenga un costo inferior al gasto actualmente realizado.

¹³ Y lo mismo se propone respecto del funcionamiento de las prestaciones solidarias. En ambos casos, la estabilidad ganada puede llevar a la generación de abusos.