

DERECHOS ADQUIRIDOS  
Y EN CURSO DE ADQUISICIÓN:  
APROXIMACIÓN  
EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES

ACQUIRED RIGHTS  
AND OF RIGHTS IN COURSE OF ACQUISITION:  
PENSION SYSTEMS APPROACH

*Hugo Cifuentes Lillo\**  
*Andrés Romero Werth\*\**  
*Marco Vásquez Bermejo\*\*\**

RESUMEN: El cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones involucra un extenso lapso de tiempo, durante el cual estas prestaciones son menos que un derecho, pero más que una expectativa. Esta peculiar situación propia de la seguridad social, la existencia de derechos en curso de adquisición, es motivo de atención en este artículo, teniendo presente la evidencia que en cuarenta años de reformas previsionales en el mundo se han alterado tanto las estructuras financieras de los regímenes, las condiciones de acceso a los mismos, las edades de jubilación e, incluso, las propias pensiones.

PALABRAS CLAVE: Derechos adquiridos, derechos en curso de adquisición, sistema de pensiones, seguridad social.

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales. Delegado en Chile de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Correo electrónico: hugocifuentes@hclabogado.cl

\*\* Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad del Desarrollo. Abogado investigador de la Corporación CIEDESS. Correo electrónico: aromerowerth@gmail.com

\*\*\* Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (c) en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Correo electrónico: mvasquezbermejo@gmail.com

**ABSTRACT:** Compliance with the requirements to access pensions involves a long period of time, during which these benefits are less than a right, but more than an expectation. This peculiar situation inherent to social security, the existence of rights in course of acquisition, is the subject of attention in this article, bearing in mind the evidence that in 40 years of pension reforms in the world, the financial structures of the schemes, the conditions of access to them, the retirement ages and even the pensions themselves have been altered.

**KEYWORDS:** Acquired rights, Rights in course of acquisition, pension system, social security.

## I. INTRODUCCIÓN

Teniendo presente la discusión constitucional que se producirá en Chile durante este año 2021, uno de los temas que se deberá abordar será el estado de nuestra seguridad social en el texto constitucional, lo que probablemente resultará con posterioridad en cambios relevantes a los diferentes componentes en los que se estructura el sistema de pensiones, desde el régimen general por capitalización individual, pasando por los sistemas residuales de las cajas de previsión, los sistemas ocupacionales de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad, los múltiples tipos de pensiones especiales y el régimen no contributivo de pensiones y aportes solidarios, así como el estatuto especial en materias previsionales para trabajadores extranjeros.

En un contexto de cambios como el descrito, surge la pregunta respecto a la solidez de los derechos ya constituidos en estos regímenes y la posibilidad que un cambio legal derivado de las eventuales modificaciones constitucionales pueda afectarlos. Adicionalmente, en una consideración propia de la seguridad social, es necesario abordar la viabilidad jurídica de modificar los parámetros de adquisición del derecho a pensionarse, considerando que el largo tiempo que involucran estos regímenes en la calificación para tal derecho afecta la forma cómo los afiliados se comportan, lo que se conoce como la problemática de los derechos en curso de adquisición. Con ello una modificación a su funcionamiento puede generar la imposibilidad de calificar los beneficios, una degradación de las garantías que los respaldan o una modificación sustancial a las condiciones laborales sobre las cuales se construyen tales condiciones.

Consecuentemente, este artículo tiene por objetivo explorar la extensión de los derechos adquiridos y en curso de adquisición dentro de la seguridad social, revisar la forma en que los derechos de los sistemas de pensiones se han visto alterados tanto en el ámbito nacional como internacional y

proponer algunas pautas que sirvan para modelar una aproximación racional a las posibilidades de afectación de los derechos involucrados.

Para ello este documento lo dividimos en tres secciones. Iniciamos con una presentación de la concepción de los derechos en la seguridad social durante mediados del siglo xx y las diferentes modificaciones que desde entonces es posible apreciar en los regímenes de pensiones nacionales y extranjeros. En la segunda parte presentamos la discusión sobre el concepto de seguridad social, sus fines y configuraciones presentes en los regímenes de pensiones, de modo de tener la base conceptual que permita explicar las limitaciones o autorización a la afectación de derechos, cerrando con un análisis a los principios inspiradores de la seguridad social; finalmente en la tercera parte apuntamos a la construcción de un parámetro racional dentro del cual es posible justificar las modificaciones a las pensiones.

## II. DERECHOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL, VISIÓN DE 1950-1970

Patricio Novoa en su obra *Derecho de la seguridad social*<sup>1</sup>, aborda el problema de los derechos subjetivos de la seguridad social, importante discusión en la época de este tratadista, toda vez que nos encontrábamos en plena influencia del modelo de seguridad social británico o de Lord Beveridge, caracterizado por la centralización de la administración y la responsabilidad por las prestaciones en el Estado o entidades creadas por este. El Fondo Nacional de Salud y el Servicio Nacional de Salud son parte de las instituciones creadas bajo su influencia<sup>2</sup>. Los parámetros de la discusión en aquel entonces se enfocaban en la concepción de los derechos públicos subjetivos, que sería la categoría a la que pertenecerían aquellos creados bajo la seguridad social. Sin embargo, tal categorización resultaba problemática por cuanto existían dos posturas opuestas respecto a las implicancias de estos: para una postura los derechos públicos subjetivos eran “verdaderas y auténticas facultades de los particulares frente a la administración”<sup>3</sup>, mientras que la postura opuesta los consideraba meras limitaciones autoimpuestas por el Estado. Ciertamente Patricio Novoa aceptaba en la década de 1970 la posición de la existencia de estos derechos públicos subjetivos como facultades de los particulares, dándoles el carácter de derechos patrimoniales, personalísimos, imprescriptibles y establecidos en el

---

<sup>1</sup> NOVOA (1977).

<sup>2</sup> Similar influencia puede apreciarse en el Servicio del Seguro Social, que llega a agrupar en torno al 90% de los afiliados del sistema de Cajas de previsión.

<sup>3</sup> NOVOA (1977), p. 152.

interés general de la sociedad, aceptando explícitamente que, en consecuencia, existían derechos adquiridos en la seguridad social y que los mismos tenían contenido patrimonial<sup>4</sup>, para lo cual encontraba apoyo en la jurisprudencia de su época. En consecuencia, considerando que la postura de los derechos adquiridos en la seguridad social era un tema relativamente pacífico, movía la discusión hacia la extensión de tales derechos donde concluía que un derecho concedido no podía ser modificado, sino en razones de la función social de la propiedad, pero siempre que perdure con características de suficiencia, es decir, sin afectar su esencia, puesto que en caso contrario nos encontraríamos con una expropiación. Por otra parte, si el derecho no se ha concedido, pero se está en cumplimiento de los requisitos para impetrarlo, una nueva ley que exija mayores condiciones para su adquisición no sería aplicable al afiliado; finalmente, mientras no se cumplan las condiciones para requerirlos estaríamos ante meras expectativas, pero las mismas, en la seguridad social tendrían un carácter particular, donde los periodos de afiliación y cotización bajo la ley previa deben ser reconocidos para la aplicación de la nueva normativa.

Si aplicamos esta visión a los sistemas existentes, las meras expectativas se verán en el sistema de capitalización individual respecto a un afiliado con saldo cero, el cual no tendrá derecho a pensión. En tanto, en el antiguo sistema, se producirá respecto de quien, teniendo afiliación y cotización, no ha reunido los años de cotizaciones necesarios “para abrir derecho”. Por su parte, un derecho en curso de adquisición, sería el caso del imponente que aspira a pensión completa en un régimen de prestación definida, que exige edad y treinta y cinco años de imposiciones o tiempo computable, pero no cuenta con la edad ni los años de aportes indicados.

Esta postura de derechos públicos subjetivos, y las connotaciones asociadas a los mismos, ya fue confrontada en la propia época de Patricio Novoa Fuenzalida. Entre estos casos se encuentra la postura de Eduardo Novoa Monreal, que considera que es posible afectar estos derechos patrimoniales por una ley posterior; modificaciones introducidas por la Ley n.º 12006, que entre otros, elimina el reajuste automático de las pensiones; la Ley n.º 17416, que grava las pensiones sobre cierto monto con un impuesto del 95%; la Ley n.º 5154, que grava en un 100% las pensiones que excedan de cierto monto, aplicado sobre el exceso; o los efectos de la Ley n.º 16617, que limitó el carácter de remuneración de ingresos de ciertos funcionarios, afectando la reajustabilidad de las pensiones “perseguidoras”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Contrariamente, si se les caracterizaba como meras autolimitaciones estatales, no sería posible la existencia de derechos adquiridos. Tal postura ya existía en la época, tal como recoge Patricio Novoa en su libro.

<sup>5</sup> Asimismo, el artículo 3º de la Ley n.º 19073 dispuso el reajuste del 10,6% de las pensiones de los regímenes previsionales, a que se refieren los artículos 14º del DL 2448 y 2º

Esta mirada propia de un sistema centralizado existente entre las décadas de 1950 y 1970, comienza a erosionarse a partir del decenio de 1980, donde las diversas crisis de los sistemas de pensiones comienzan a ser evidentes. Parte de ello fue debido a la expansión inorgánica de los seguros sociales, que buscaban abarcar mayores porciones de la población y la incorporación de nuevos beneficios, pero también existieron dificultades en los mecanismos de determinación de beneficios y parámetros bajo los cuales se balanceaba cada modelo. Así, mientras los sistemas de pensiones fueron inicialmente mecanismos ocupacionales de beneficio definido (1880 a 1940 aprox.) en el modelo de Bismarck; para converger hacia mecanismos generales de beneficio definido (1940-1970 aprox.), la década de 1980 vio una tendencia hacia los sistemas de contribución definida, con la incorporación de los sistemas de capitalización individual<sup>6</sup>, de los cuales Chile es el ejemplo por antonomasia. En ellos, la propiedad de los recursos es mantenida en la persona del afiliado, limitando su uso con una restricción a la disposición basada en el interés público<sup>7</sup>. Materialmente, este cambio implicó en nuestro país, la desconexión de las cotizaciones de su función de pago de las prestaciones vigentes, las cuales pasarían a ser financiadas por el Estado

---

del DL 2547, ambos de 1979; es decir, el reajuste propuesto favorecería a las pensiones de regímenes previsionales del INP (actual IPS), de las mutualidades, de la Capredena y Dipreca, que hubieren sido concedidas antes del 1 de mayo de 1985, que son las que en conformidad con la legislación vigente a la sazón habrían tenido derecho a ese porcentaje de reajuste si la Ley n.º 18413, de 1985, no hubiere dispuesto lo contrario.

<sup>6</sup> Dado que la capitalización solo corresponde a la inversión de los fondos previsionales, tales regímenes pueden dividirse conforme a la titularidad del dominio de estos. Así, la capitalización individual corresponde a los casos donde la propiedad es de cada afiliado; la colectiva, si esta se encuentra en un conjunto de afiliados (como puede ser una cohorte etaria) y la institucional cuando pertenecen a la entidad administradora. Dos son las consecuencias relevantes: en primer lugar, que el mecanismo aplicado y desarrollado en Chile corresponde a la capitalización individual; en segundo, que un sistema de reparto con reservas también lo es de capitalización, pero institucional, ya que las reservas deberán invertirse para evitar su pérdida de valor por la inflación.

<sup>7</sup> Tal situación es bastante extensa, pero no necesariamente generalizada. A partir de la década de 1980 y especialmente durante la de 1990, los sistemas de seguridad social en el mundo ganan complejidad, incorporando diversos mecanismos de protección que operan como capas sucesivas. En esta línea, los modelos por capitalización individual fueron introducidos ya como sistemas principales (Chile), alternativas complementarias, muchas veces de tipo ocupacional a un sistema general (Suecia, Dinamarca), o sistemas voluntarios de carácter individual (Canadá), con lo que puede apuntarse a que su extensión se dio con mayor fuerza en regímenes complementarios, más que en los básicos. Con todo, de forma creciente, en el mundo tales regímenes constituyen una alta proporción de las tasas de reemplazo para sujetos con ingresos iguales o superiores al promedio nacional. Los países indicados son a vía ejemplar, hay más en los casos complementarios o voluntarios.

mediante deuda pública en tanto disminuían los imponentes activos, a la vez que se reconocían los aportes realizados a las cajas de previsión de aquellas personas que optaran por cambiarse al sistema de capitalización. El nuevo régimen operaría con un periodo acotado de elección, tras el cual todos los nuevos afiliados quedarían adscritos al mismo, mientras que para los antiguos el principal incentivo al cambio fueron cotizaciones mucho más bajas. Junto con ello, el DL 3501 de 1980 realizó importantes modificaciones a los regímenes de las cajas de previsión, cuya estructura de cotizaciones fue alterada para alcanzar el actual nivel<sup>8</sup>. Con ello, Chile quedó con un sistema de pensiones de carácter general, de contribución definida y organizado económicamente bajo un modelo de capitalización individual; mantendría temporalmente un sistema ocupacional, de beneficio definido, bajo el modelo de reparto puro<sup>9</sup>; y excepcionalmente permanecía un subsistema ocupacional de beneficio definido para las FF.AA., de Orden y Seguridad<sup>10</sup>. El caso de Chile fue total o parcialmente adoptado por otros países durante la década de 1990, manteniendo mecanismos de transición similares (adopción voluntaria para afiliados antiguos, al igual que Perú), convivencia de regímenes (Colombia)<sup>11</sup>, o utilización de la prestación del régimen más favorable (México).

Junto con este movimiento, también se encuentra un resurgimiento de sistemas de tipo ocupacional en el ámbito comparado, los cuales se utilizan como base para el establecimiento de sistemas de pensiones o como mecanismos complementarios de los mismos y, siendo una parte importante,

---

<sup>8</sup> Las cotizaciones totales en los regímenes de las cajas de previsión llegaron a ser particularmente altas, especialmente las patronales. En este sistema las cotizaciones abarcaban al total de las contingencias, influyendo algunas inexistentes hoy. De acuerdo con el Informe sobre la Reforma de la Seguridad Social Chilena de 1964 (Informe Prat), las cotizaciones de los trabajadores podían ir desde el 7,5% al 19,5%, mientras que en los empleadores iban desde el 6% al 52,33%. Ello sin contar que, con posterioridad a su publicación, en 1964, las cotizaciones siguieron subiendo. Internacionalmente se ven casos similares, llegando a extremos con sistemas como el del Estado de Kentucky (Kentucky employees retirement system, KERS), donde las cotizaciones han escalado desde un 2,5% trabajador y 4% empleador, en 1956, a un 5% trabajador, 83,03% empleador, en 2021. Véase <https://kyret.ky.gov/Employers/Pages/Contribution-Rates.aspx> [fecha de consulta: Mayo 2021].

<sup>9</sup> Originalmente las cajas de previsión operaban bajo un sistema de reparto con reservas, donde se combina es esquema de flujo (reparto) con capitalización institucional de las reservas.

<sup>10</sup> El cual solo tangencialmente puede definirse como de reparto, toda vez que por ley el Estado debe financiar a lo menos el 90% de las prestaciones. Ello se explica en su carácter de sistema ocupacional en sentido estricto, donde las condiciones de trabajo son determinantes en la regulación de las pensiones.

<sup>11</sup> Utilizamos 'convivencia' para referirnos a aquellos casos donde ambos regímenes persisten de forma activa, pudiendo ser seleccionados por los afiliados nuevos.

sino la mayor, las importantes tasas de reemplazo conseguidas, como puede apreciarse en Canadá o los países nórdicos. Con todo, los efectos de los cambios demográficos también contribuyen a alterar su configuración, así como el de todo sistema, incluidos los de contribución definida<sup>12</sup>.

La década de 1990 aportó una nueva herramienta a los sistemas de pensiones, puesto que Suecia se constituyó en pionera en la implementación de un mecanismo de aplicación general, de contribución definida y bajo el modelo de reparto que, en funcionamiento, emularía a un sistema de capitalización, pero bajo mecanismos de naturaleza no financiera, el llamado sistema nocional. Esta innovación permitiría evitar la complicada transición donde el Estado debe encargarse del financiamiento de las pensiones en curso, lo cual constituye una de las más desafiantes situaciones en la implementación de un sistema de capitalización.

Para asegurar la viabilidad de la reforma, a la vez que el respeto de los derechos en curso de adquisición, Suecia definió la transición como un largo proceso de veinte años de duración, en la cual convivirían ambos regímenes en la generación de prestaciones. Mientras las generaciones mayores mantendrían los beneficios del régimen antiguo, la generación de transición recibiría sus pensiones calculadas con las reglas de ambos sistemas, pero ponderados de forma progresiva a medida que transcurrieran los veinte años de transición desde el antiguo al nuevo sistema. Así, un pensionado en el primer año de transición recibiría diecinueve partes de su pensión bajo el antiguo sistema y una parte bajo el nuevo; mientras que en el último año habría una parte bajo el antiguo y diecinueve bajo el nuevo<sup>13</sup>. Otros países que adoptaron el sistema nocional han tenido transiciones más azarosas, con numerosas modificaciones de sus parámetros de funcionamiento, especialmente en el caso de Italia y Polonia<sup>14</sup>, pero dado que estamos técnicamente frente a un sistema de contribución definida y, como tal, no existe una promesa de tasa de reemplazo involucrada se aprecia una mayor facilidad en la modificación de sus condiciones.

Junto con estos nuevos modelos, los sistemas de beneficio definidos, generales u ocupacionales, inician un periodo de importantes cambios en su funcionamiento, que se concentran en el ajuste de sus variables, en particular la edad de jubilación, de forma tal que se ajuste, en la medida de lo posible, a la creciente esperanza de vida y el cálculo de las tasas de reemplazo, las cuales comienzan a abandonar la determinación con periodos limitados cercanos al final de la vida laboral del afiliado (tres, cinco, diez últimos años

---

<sup>12</sup> MONTT y CODDOU (2020).

<sup>13</sup> PALMER & KÖNGBER (2020).

<sup>14</sup> HOLZMANN, PALMER, PALACIOS, & SACCHI (2020).

de trabajo), para comenzar a utilizar medidas más cercanas a la remuneración de toda la vida laboral que pudo haberse tenido (dependiendo el caso, treinta y cinco a cuarenta años). Así, los sistemas de beneficio definido, con sus propias medidas, se acercan más a los resultados de mecanismos de contribución definida.

Adicionalmente, los sistemas de varios países de mundo incrementaron su complejidad, con el desarrollo o reforzamiento de sistemas previsionales complementarios. Por una parte, países que contaban con sistemas de beneficio definido lo convirtieron en su mecanismo de asistencia social, focalizando sus beneficios a quienes no contaran con suficientes recursos de otros sistemas, agregando mecanismos de contribución definida de carácter general (Australia) u ocupacional (Reino Unido). Los países de la Unión Europea (UE), manteniendo sus regímenes públicos de pensiones, avanzan en la implementación de planes complementarios de capitalización tanto individual como colectiva. Otros incorporaron mecanismos de ajuste automático de los parámetros de jubilación, creando una verdadera “edad móvil”. Tal es el caso de Dinamarca, donde el periodo de sobrevivencia está determinado por ley (14,5 años).

Dependiendo del grado de compromiso financiero de cada sistema se aprecia una importante tendencia a trabajar sobre tres variables particulares; el endurecimiento de las condiciones de acceso a la pensión (en particular, las tasas de cotización); la edad de jubilación; y el ajuste directo de los beneficios de las mismas.

Otra consideración a tener presente es la evolución del propio contenido de los sistemas de pensiones. El chileno corresponde a un mecanismo de protección contra la vejez, invalidez, muerte y sobrevivencia, siendo esta la perspectiva general en este tipo de sistemas. Sin embargo, el incremento de participación femenina en el mercado del trabajo ha producido importantes cambios a estos mecanismos protectores, en la forma de la eliminación o reducción de las pensiones de sobrevivencia en algunas áreas del mundo (principalmente los países nórdicos)<sup>15</sup> y de forma más generalizada, la eliminación de las prestaciones para las hijas solteras de pensionados<sup>16</sup>, al

---

<sup>15</sup> Las pensiones de sobrevivencia, en buena medida, están cumpliendo un papel similar al que cumplía la herencia en periodos con menor esperanza de vida. Por esta razón, también presenta problemas similares que no siempre son bien resueltos por la regulación. En el caso chileno la discusión reciente se encuentra asociada a los femicidios y parricidios, lo que puede asimilarse a las situaciones de indignidad del derecho sucesorio. Convendría realizar una mirada paralela de ambas instituciones, toda vez que en la práctica compiten entre sí ambas ramas jurídicas, en que la seguridad social tiene una visión más protectora.

<sup>16</sup> Que en Chile existió en Capredena hasta hace pocos años, y aún encontramos casos en la ex Caja Ferro (Ferrocarriales).

entenderse que no responden a una real contingencia social en los tiempos actuales. Estos procesos operaron como reformas inmediatas, si bien respetaron los derechos de quienes ya habían constituido la prestación respectiva. En similar línea, en varios países de raíz anglosajona, una vez iniciado el periodo pasivo, la contratación de protección contra la sobrevivencia es voluntaria, correspondiendo al afiliado la decisión de cómo y dónde asegurarse. Otro tanto ha ocurrido con las pensiones por invalidez, donde la evolución de los mecanismos de determinación y formas de protección es mucho más directa que lo ocurrido con las prestaciones de vejez, y que en el caso de Chile toma la forma de un seguro privado que altera la prestación para convertirla en un mecanismo de beneficio definido, pero sin alterar la naturaleza de prestación de seguridad social, atendido a que estaríamos frente a seguros de vida previsionales, con todos los efectos que de ello pueden desprenderse.

Finalmente, es necesario considerar que la estructura de los sistemas de pensiones no siempre se mantiene estable entre la fase activa y pasiva de las personas. En el caso chileno de capitalización individual, la fase activa corresponde a un mecanismo general y de capitalización, pero la fase pasiva puede ser tanto una continuación de esto (retiro programado), un mecanismo general de reparto con reservas (renta vitalicia) o ambos. El uso de una renta vitalicia, total o parcialmente, depende, además, de un contrato privado, con caracteres de seguridad social según lo expresado en el párrafo anterior y, si bien hay un interés público comprometido que se materializa fuertemente en la garantía estatal, ello no cambia lo básico de la relación. En el ámbito internacional esta característica puede encontrarse atenuada en aquellos países donde solo existe una modalidad de pensión, usualmente en la forma de renta vitalicia (Uruguay, Suecia), o exacerbada, en aquellos que admiten el pago de los fondos a suma alzada, la contratación de rentas garantizadas de diversa naturaleza y/o la administración directa de los recursos (Reino Unido, Australia).

En síntesis, la evolución de los mecanismos previsionales a mediados de la década de 1970<sup>17</sup>, tanto en lo que respecta al mecanismo financiero subyacente, la estructuración de las prestaciones del régimen y las múltiples formas de organizaciones de los administradores, hace imposible restringir la naturaleza de sus derechos a una única alternativa, como los derechos públicos subjetivos, sino que pueden estar involucradas diversas naturalezas, dependiendo de la parte del sistema afectada, el mayor o menor alcance del sistema<sup>18</sup>, el grado de injerencia de la regulación estatal y el tipo de pres-

<sup>17</sup> En parte producto de los efectos de la denominada “crisis del petróleo de 1973”.

<sup>18</sup> Este fenómeno se aprecia también en la discusión de la naturaleza jurídica de las instituciones que sirven de base al funcionamiento de los sistemas previsionales: la afiliación y cotización.

taciones reclamado, lo que hace necesario buscar parámetros más amplios para elaborar una pauta de limitación de las modificaciones.

### III. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sin una naturaleza única en los derechos y obligaciones generados, es necesario recurrir a los elementos constituyentes de la disciplina para obtener una aproximación a una solución. Sobre el concepto y en contenido de la seguridad social se ha escrito mucho y en muy diversas formas, no encontrándose una definición unívoca en el ámbito comparado y nacional. Hasta hoy es posible encontrar posturas conceptuales de carácter amplias y restringidas,

“existiendo entre los autores y las declaraciones internacionales de derechos humanos, elementos comunes que permiten adelantar una definición intermedia entre la amplitud de algunas y lo restrictiva de otras”<sup>19</sup>.

Así, entendemos la seguridad social como un sistema integrado de políticas y programas sociales y económicos, de ordenación estatal, destinadas a asegurar a todas las personas prestaciones en dinero y o especie, para enfrentar los estados de necesidad causados por contingencias sociales jurídicamente determinadas, concurriendo a su sostenimiento financiero mecanismos contributivos con base en cotizaciones, no contributivos de aportes fiscales o mixtos y en cuya gestión y administración intervienen entidades públicas y privadas, siempre bajo la gobernanza y tuición del Estado, al cual corresponde asegurar niveles mínimos de protección a todos los habitantes del país.

Las definiciones más amplias suelen integrar a la seguridad social, a veces sin señalarlo expresamente, en el campo de la protección social de la cual sería una de sus bases.

De la definición ofrecida tanto como derecho o política social y económica, se destacan las siguientes características comunes que encontraremos en toda o casi toda definición:

- 1) Aspiración o tendencia a la cobertura de todas las personas, sin distinciones de ninguna especie y por todas las prestaciones reconocidas en el ordenamiento jurídico nacional;
- 2) Las prestaciones tienen un contenido económico e implican altos costos para el país ya en sus modalidades contributivas como no contributivas, por consiguiente, se relacionan y deben confluir con las políticas económico-sociales de los Estados;

---

<sup>19</sup> CIFUENTES (2018).

- 3) Se trata de contingencias sociales determinadas normativamente, que derivan en un estado de necesidad individualmente precisado<sup>20</sup>, que a la comunidad entera le interesa enfrentar o contribuir a resolver, atendido que está en juego un derecho humano y en parte, la supervivencia, integración y bienestar de la colectividad entera;
- 4) El financiamiento implica un esfuerzo colectivo solidario y también individual, a través de cotizaciones y aportes fiscales, con mecanismos financieros que van desde el reparto simple y/o con reservas, la capitalización individual y colectiva, la financiación estatal, a combinaciones de carácter mixto y/o nocional, y
- 5) La estructura institucional administrativa y gestora proviene del poder público, al cual corresponde su creación, ordenación, control, regulación y gestión, la cual puede ser delegada en entidades privadas, en virtud del principio de la subsidiariedad. Toda colaboración privada que sujeta a la supervigilancia y control del Estado.

Junto a los regímenes de previsión social, que han estado a la base de la institucionalidad de seguridad social, encontramos las ramas de los servicios sociales, de la asistencia social y, por cierto, de la medicina social.

Las contingencias sociales que causan estados de necesidad y que recogen las legislaciones nacionales, siguiendo el Convenio 102 de la OIT, son: vejez, invalidez; muerte del jefe/a de hogar; prevención y recuperación de la salud común (maternidad incluida) y laboral, desempleo y bienestar familiar. En las últimas décadas se han incorporado prestaciones para discapacitados y adultos mayores dependientes, incluso, salas cunas, entre otras.

La finalidad de la seguridad social es asegurar a las personas una vida digna y plena, es decir, que pueda ejercer sus derechos individuales y sociales libre de la necesidad económica, generada por la presencia del estado de necesidad causado por una contingencia social, a las que no puede hacer frente con su esfuerzo personal, asociado o no a los ingresos del trabajo.

Nos encontramos, entonces, con una institucionalidad dirigida a asegurar a las personas uno de sus derechos básicos, cuya adecuada concreción permite el ejercicio de los demás derechos fundamentales de las personas.

Los objetivos de la seguridad social corresponden a:

- a) Renta sustitutiva, es decir, la sustitución o complementación de rentas por la falta de ingresos o necesidades adicionales de la familia;

---

<sup>20</sup> Al ser una definición normativa, la existencia de la contingencia puede o no tener el estado de necesidad aparejado. Ello puede apreciarse en la situaciones de vejez, donde la definición del parámetro es arbitraria (tal edad) e independiente de la capacidad o voluntad de seguir trabajando; y en la sobrevivencia, donde el beneficiario puede tener ingresos propios y nunca haber dependido del causante.

- b) Redistribución de ingresos, en tanto se aplica el principio de la solidaridad ya con aportes fiscales o con cotizaciones de los activos respecto de los que se encuentran necesidad y, por último,
- c) Integración social, atendido que el acceso a prestaciones complementarias o sustitutivas de los ingresos no existentes, tiene el efecto de generar integración y cohesión social.

#### IV. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los principios de una rama jurídica corresponden a un tipo de norma deontológica caracterizada por constituir un mandato de optimización, esto es, la orden, permiso o prohibición de hacer algo en el mayor grado que sea jurídica o factualmente posible<sup>21</sup>. Por oposición, las reglas corresponde también a una norma deontológica, pero tiene un carácter binario: se cumple o no se cumple, no admitiendo una realización parcial o en grados como ocurre con los principios.

Esta característica de los últimos es particularmente relevante en su aplicación práctica, por cuanto la colisión de principios no se resuelve invalidando uno en favor de otro<sup>22</sup>, sino que cumpliendo ambos tanto como sea posible, para luego preferir una mayor realización de uno de ellos. Pero también tiene aplicación al momento de la creación legislativa, toda vez que, en teoría, las normas son confeccionadas teniendo presentes los principios que rigen una disciplina, de modo tal que las reglas contenidas en los cuerpos legislativos responden a la cristalización de los principios inspiradores, a la vez que resuelven de antemano los conflictos de aplicación evidentes que pueden surgir, estableciendo un patrón de preferencia.

A su vez, los principios de cada rama contribuyen a caracterizar a la misma, aportando rasgos únicos que la diferencian de las demás, dotándola de su propia lógica interna de funcionamiento y autonomía.

Siguiendo a Marcos López Oneto, los principios pueden encontrarse tanto implícita como explícitamente en la legislación. La seguridad social ha tendido a lo primero, con lo cual la extensión y concreción de los que la guían tiende a variar según zona geográfica, de la mano de las realidades históricas sobre las que se ha ido construyendo.

En Chile, los diferentes autores que desde mediados del siglo pasado han abordado la seguridad social, han consignado una diversidad de princi-

---

<sup>21</sup> ALEXY (1993).

<sup>22</sup> Como ocurre con la colisión de reglas, a través de excepciones en su aplicación, o recurriendo a criterios generales de invalidación, como la especialización, temporalidad o jerarquía de las mismas.

pios rectores, más o menos similares en extensión o contenido. La reforma de 1980 en Chile y las modificaciones europeas de la década de 1990 e inicios de la de 2000, han aportado sus propios lineamientos en torno a las directrices que deben guiar a la seguridad social y orientan la implementación de las políticas públicas respectivas y toda la concreción técnico-jurídica de sus programas, lo que permite hablar de principios clásicos, referidos ya en el sistema de las cajas de previsión, y principios modernos, incorporados con posterioridad y con mayor o menor consenso en su validez. Nótese que como mandatos de optimización que son, la validez que se otorgue a los mismos no necesariamente tiene relación con la preeminencia del principio: es perfectamente válido aceptar un mandato como principio y relegarlo a una función secundaria. En consecuencia, cada uno de ellos es susceptible de ser discutido tanto en su validez como en su preeminencia para un caso dado.

Si revisamos la lista de principios a lo largo del tiempo destacan importantes cambios. Patricio Novoa cita como principios listados en el informe Prat la universalidad de ámbito, la unidad de acción, la actividad de la gestión, la planificación de la labor y la integridad de la economía, si bien el propio informe los menciona como características de la seguridad social contemporánea<sup>23</sup>; por su parte, a nombre propio Patricio Novoa señala como principios la universalidad (objetiva y subjetiva); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad<sup>24</sup>; Héctor Humeres mantiene en lo esencial el listado anterior, agregando los principios de igualdad y subsidiariedad<sup>25</sup>; en tanto, Hugo Cifuentes, Pablo Arellano y Francisco Walker contabilizaban como principios la universalidad, solidaridad, integralidad o suficiencia, unidad y uniformidad<sup>26</sup>.

Como puede apreciarse, a partir de la fines de la década de 1970 ya existe un núcleo más o menos definido de principios que podemos denominar “clásicos”, que abarcan a lo menos la universalidad, solidaridad, integridad y la unidad. Por otra parte, la subsidiariedad, si bien se ha incorporado desde la década de 1980, mantiene una situación ambigua en su estabilidad. A su vez el siglo XXI ha aportado la incorporación de los principios de la sostenibilidad y la internacionalidad<sup>27</sup>, que junto con el anterior pueden ser denominados “modernos”.

---

<sup>23</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1964).

<sup>24</sup> NOVOA (1977).

<sup>25</sup> HUMERES (2019).

<sup>26</sup> CIFUENTES, ARELLANO y WALKER (2013).

<sup>27</sup> La internacionalidad ya se mencionaba a mediados del siglo XX, pero autores como Patricio Novoa rechazaban su carácter de principio.

- a) **Universalidad:** El principio de la universalidad cuenta con dos elementos, la universalidad objetiva que se refiere a las contingencias protegidas, y la universalidad subjetiva, referente a los sujetos que deben recibir tal protección. Así, el mandato de la universalidad objetiva es que el sistema de seguridad social debe cubrir todas las contingencias sociales. Esta obligación trae aparejada la necesidad de definición de lo que es una contingencia social, para lo cual la doctrina enlaza con el convenio n.º 102 de la OIT, la norma mínima de seguridad social ya mencionado<sup>28</sup>, que contiene el listado de contingencias pertenecientes a esta rama, abarcando la protección de la vejez, invalidez, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, accidente del trabajo, enfermedad profesional y prestaciones familiares. Esta vinculación, si bien cómoda para la definición del contenido de la seguridad social, ha limitado la discusión de las características que ha de tener una contingencia para ser considerada parte de la disciplina. Se ha discutido latamente elementos como la vivienda, la educación y las grandes catástrofes, incorporándose en la actualidad, sin mayor debate, elementos novedosos como las prestaciones por hijos en situación grave de la ley SANNA y las propuestas del seguro de dependencia, aunque puede no descartarse, considerar que se trata más de especificaciones, dentro del área de protección económica de la salud. Esta evolución ha llevado a proponer principios adicionales, como el de la evolución progresiva de los derechos, si bien podrían entenderse como parte de la universalidad objetiva. Fuera de la discusión del contenido de la universalidad, limitado como todo principio por las posibilidades fácticas<sup>29</sup>, la universalidad objetiva es un principio pacífico, que interviene poco en el diario devenir de sistemas como el chileno, que ya abarcan todas las contingencias. Por el contrario, la universalidad subjetiva es un principio más problemático en su implementación<sup>30</sup>. Como mandato, ordena que la protección debe entregarse a la mayor cantidad de personas posible. En su concreción ello se ha realizado incrementando la cobertura desde los trabajadores

---

<sup>28</sup> No suscrito por Chile.

<sup>29</sup> Especialmente el presupuesto disponible, lo que vincula con la sostenibilidad.

<sup>30</sup> Incidentalmente, la universalidad subjetiva permite diferenciar los mecanismos de seguridad social propiamente tales, de la asistencia social. Esta última, corresponde a las prestaciones focalizadas, dirigidas a quienes, por cualquier razón, no quedan cubiertos por la primera o, actuando complementariamente, tienen una cobertura deficiente. Como tal, se tratan de regímenes no contributivos y focalizados, que no tienen este principio como elemento rector, para muchos, cercano a un programa de protección social.

hacia los residentes, tanto por medio de la incorporación directa de las personas que no trabajan, como mediada por un trabajador. Una discusión en curso corresponde al nivel de obligatoriedad asociado con el principio, es decir, si lo que se demanda es la capacidad potencial de las personas de ser parte de la seguridad social o si, por el contrario, la incorporación debe ser real. Al afectar el número de personas sujetas a prestaciones, entra fácilmente en conflicto con los principios de integridad y sustentabilidad, ya que mientras más personas exista más difícil será obtener un financiamiento adecuado (demanda más recursos), lo que, a su vez, desincentiva la incorporación. Por otra parte, una solución al problema anterior es la reducción de las prestaciones, lo que las aleja del punto de suficiencia.

- b) Integridad o suficiencia: Se trata de un principio asociado a la prestación, el cual mandata que la misma debe ser de un nivel adecuado para solucionar el estado de necesidad que causa la contingencia social. Sin duda, uno de los más complejos de cumplir, no solo por el alto nivel de recursos que puede involucrar, lo que lo ubica en la necesidad de armonización con el principio de la sostenibilidad. Entre las discusiones atinentes a este principio se encuentra la proporcionalidad de la prestación con el ingreso previo, y si debe o no existir topes en las mismas.
- c) Solidaridad: Uno de los principios centrales de la seguridad social. Ya en la década de 1970 Patricio Novoa Fuenzalida señalaba lo común que era que los académicos valoraran la solidaridad, pero sin que hubiera un criterio único de su contenido y extensión, lo que aun, en muchos casos, es motivo de controversias. Conforme a este autor, la misma existe en la medida que se redistribuya el ingreso nacional<sup>31</sup>, y se manifestaba en que la seguridad social es un esfuerzo de la comunidad toda en propio beneficio, al que todos deben contribuir en la medida de sus posibilidades, sin que ello se encuentre vinculado necesariamente al derecho a prestaciones<sup>32</sup>. En tal sentido sería posible distinguir entre la solidaridad grupal y nacional, la intergeneracional y la intrageneracional. Este planteamiento de Patricio Novoa es mantenido por autores posteriores, pero no da cuenta del pleno desarrollo del tema para incorporar las mejo-

---

<sup>31</sup> NOVOA (1977).

<sup>32</sup> Esta última característica que indica Patricio Novoa es abandonada, en mayor o menor medida, por los regímenes de contribución definida, donde se busca la mayor relación posible entre las cotizaciones y prestaciones, razón por la cual los mecanismos de redistribución suelen ser externos (bonos, aportes fiscales, etc.) lo que es reclamado por parte de la doctrina.

ras introducidas en los diversos procesos de reforma. Ciertamente, la solidaridad implica redistribución, pero ello no basta, sino que requiere que ella tenga una dirección específica, desde los grupos con más recursos hacia quienes tienen menos. Una de las grandes problemáticas de los sistemas de beneficio definido chilenos fue que no obstante operar bajo esquemas formalmente solidarios en la práctica varios de ellos terminaban redirigiendo recursos hacia quienes menos los necesitaban<sup>33</sup>.

En nuestra visión, el principio de solidaridad es clave, pero, a la vez, complejo en su materialización y comprende tres facetas: en primer lugar, la solidaridad positiva o de entregar, por la cual quienes tienen más recursos aportan proporcionalmente una mayor cantidad, a la vez que admite que los niveles de ingresos más bajos tengan prestaciones proporcionalmente más altas en relación con sus ingresos (beneficios mínimos, beneficios progresivos inversamente proporcionales)<sup>34</sup>; pero también existe una faceta de solidaridad negativa o de no tomar, la que corresponde a la limitación a utilizar recursos de un fondo común a quienes tienen altos ingresos o activos (beneficios máximos, beneficios progresivos inversamente proporcionales) y es una de las fuentes del tope imponible<sup>35</sup>. Finalmente, es necesario considerar que la seguridad social opera no solo en un momento dado, sino que a lo largo del tiempo, lo cual es especialmente notorio en sus mecanismos previsionales, en particular el sistema de pensiones, lo cual nos permite considerar una tercera faceta de este principio, la solidaridad por cumplimiento. Difícilmente es posible obtener una redistribución dirigida de ingresos si la pertenencia al sistema se utiliza de forma oportunista, incorporándose para recibir beneficios, pero evitándolo al momento de pagar obligaciones<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Dicho de otro modo, la solidaridad tiene que darse en la práctica, no siendo suficiente que solo este incorporada en el diseño de un sistema de forma teórica.

<sup>34</sup> En esta línea se encuentra la mayor cobertura que se entrega en las prestaciones de salud a cargo del sector público, todos los mecanismos no contributivos, así como los aportes fiscales realizados a sistemas contributivos (bonos, por ejemplo). Más directamente en el sistema de pensiones, la cotización por el Seguro de Invalidez y Supervivencia (SIS) sigue la lógica proporcional, al estar atada a los ingresos, al igual que el pago de las comisiones por la cuenta obligatoria.

<sup>35</sup> En cuanto limita el máximo de prestación al cual se puede acceder. En consecuencia, es posible concebir cotizaciones sin tope o progresivas y, a la vez, prestaciones sujetas a limitación. Dado que la restricción solo tiene sentido respecto a recursos comunes, su aplicación al sistema de pensiones por capitalización individual es limitada, pudiendo verse en la interacción del tope imponible con el SIS, el cual tendería a ser más caro sin la limitación. En el seguro de cesantía puede apreciarse una mayor aplicación de esta faceta negativa, por ejemplo, en las limitaciones al uso del Fondo de Cesantía Solidario.

<sup>36</sup> Al requerir un extenso periodo de observación es el componente más complejo. Sin embargo, se puede conectar con las nuevas tendencias en los sistemas de beneficio definido

Con todo, si bien es un principio de la máxima importancia, la solidaridad no está exenta de problemas a enfrentar, ya que al romper el balance entre los aportes y los beneficios recibidos puede incentivar a la evasión de las obligaciones por medio de un comportamiento oportunista, lo que puede entrar en conflicto con la universalidad subjetiva, al retirar personas que deberían ser cubiertas y con la sostenibilidad, principalmente por la evasión y elusión de cotizaciones, de lo cual no escapan los distintos modelos de financiamiento de la seguridad social<sup>37</sup>.

Estos elementos han contribuido a un cambio gradual en la arquitectura de los sistemas de pensiones, moviéndose algunos desde sistemas de beneficio definido (primacía de la integridad y solidaridad intrarrégimen) a sistemas de contribución definida (primacía de la sostenibilidad) donde el componente de redistribución es realizado de forma externa, con transferencias estatales financiadas por impuestos, descuidando la solidaridad contributiva, en la confianza no acreditada de reducir los incentivos a la informalidad.

- a) Unidad: Este principio implica que las políticas de seguridad social deben contar con criterios de gobernanza que tiendan a evitar la dispersión en la gestión y administración. Lo anterior permite su análisis desde distintas perspectivas, debiendo operar siempre con criterios similares respecto de la población cubierta. De esta forma lo podemos encontrar como un mandato de optimización que busca la integración de los distintos elementos de las prestaciones sociales como, por ejemplo, en Chile, el relacionamiento del sistema de pensiones solidarias de la Ley n.º 20255, el sistema de capitalización individual del DL 3500 y los llamados antiguos sistemas previsionales, a efectos de velar por un sistema unitario en la gestión.

Por otra parte, podemos entender la unidad de una forma más amplia, es decir, no solo como deben relacionarse las entidades de seguridad social

---

a calcular las pensiones con la totalidad o mayoría de los ingresos durante la vida laboral; la diferenciación del monto de la pensión conforme a los años de trabajo (pensión completa); el cambio a sistemas de reparto de contribución definida (nocionales y por puntos) y los mecanismos de focalización de los sistemas básicos o no contributivos que consideran pruebas de medios y/o activos. En este último caso, por ejemplo, se apunta a tratar diferente a quienes no cotizaron por no tener ingresos y quienes no cotizaron por no tener ingresos laborales, pero que contaban con recursos de otra naturaleza, siendo, en consecuencia, menos necesitados. Como suele ocurrir con todas las facetas de este principio, el alcance de las medidas y juicios de valor asociados tienen un equilibrio complejo.

<sup>37</sup> Como ocurre con la capitalización individual en Chile, respecto de la evasión y elusión en materia previsional.

en el otorgamiento de una determinada prestación, sino como se armoniza el conjunto del sistema de seguridad social. De esta manera, no solo deben integrarse unitariamente las instituciones de una determinada prestación, sino que debe propenderse a un criterio unitario y un adecuado relacionamiento entre las distintas entidades, por ejemplo, la forma en la que se relacionan las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC) ante la posibilidad de transferir los fondos de la cuenta individual por cesantía a la cuenta de capitalización individual al jubilar, para aumentar el monto de la pensión.

- b) Subsidiariedad: Quizá el más polémico de los principios en el Chile de hoy, en cuanto para muchos, importaría un mandato a que el Estado se abstenga de intervenir en aquellas áreas donde los privados operan o donde no es necesaria o conveniente su colaboración. *Contrario sensu*, la subsidiariedad en su faceta negativa autoriza al Estado a actuar en aquellas zonas donde los privados no quieren hacerlo, o donde su actuación es imperfecta. Generalmente asociado a la Constitución de 1980, este principio se encuentra vinculado principalmente con la administración del sistema, no obstante, lo cual la mayoría de los regímenes cuenta con mecanismos administrativos de gestión pública (Fonasa, ISL, IPS) o correspondientes a delegación pública (AFC, cajas, mutuales)<sup>38</sup>. Sin embargo, es conveniente apreciar este principio fuera de tal ámbito, ya que el propio interés público de la seguridad social le otorga al Estado un papel primordial e insustituible, el de regulador y fiscalizador de las entidades que forman parte del sistema. En tal medida, la subsidiariedad exige que la intervención directa del Estado sea justificada por el interés público superior, toda vez que pasará a ser juez y parte del funcionamiento de las instituciones si las entidades supervisoras no ejercen su autonomía de forma adecuada. Adicionalmente, es posible asociar a la subsidiariedad negativa todas las prestaciones que ofrece el Estado de forma complementaria al funcionamiento regular del sistema, como forma de corregir situaciones socialmente relevantes, tales como subsidios o bonos.
- c) Sostenibilidad o sustentabilidad: Incorporado a partir de las reformas internacionales de la década de 1990 e inicios de la de 2000, se trata de un mandato principalmente de orden financiero, con algunas ramificaciones administrativas, que ordena que los sistemas de seguridad social deben ser construidos de forma autosuficiente,

---

<sup>38</sup> Lo que daría cuenta de una importante aplicación de la faceta negativa, más que de la positiva.

de modo tal que sean inmunes a la degradación financiera en la repetición de ciclos de generación de prestaciones, contando siempre con recursos disponibles para responder por sus obligaciones. En buena medida corresponde al principio que aporta la “certeza” a la seguridad social, habiendo sido adoptado tras las múltiples crisis económicas que afectaron especialmente a los sistemas de pensiones, y que en los casos más extremos puede implicar la quiebra de los mismos.

Dado que se trata de una importante limitación al uso de los recursos, la sustentabilidad tiende a entrar en conflicto con todo el espectro de otros principios en la medida que estos implican un mayor gasto. Sin embargo, también puede verse su función de apoyo a la integridad, en cuanto un adecuado financiamiento asegura prestaciones suficientes o, incluso, a la solidaridad, garantizando que la misma es real y no una mera declaración.

- d) Internacionalidad: Este es uno de los principios más modernos en su recepción, si bien ya se comentaba de antiguo, pero no se admitía como parte de la seguridad social. En esencia, manda a que las medidas protectoras de la disciplina mantengan su aplicación, incluso, fuera de los ámbitos geográficos de los Estados respectivos, teniendo una mayor razón de ser en la medida que el movimiento entre países se ha tornado más sencillo y expedito, y que la pandemia actual del COVID-19, cuestiona. Nótese que no se trata de un principio de cobertura subjetiva, toda vez que bajo la universalidad puede abordarse la situación de los extranjeros en un país, sino que apunta a la aplicación y coordinación de prestaciones, que pueden darse ya de forma esporádica, como la cobertura de un accidente del trabajo en un viaje de negocios (comisión de servicios); ya de forma permanente, especialmente en sistemas de largo plazo como el de pensiones, donde existen incentivos a trasladarse a áreas de menor costo de vida una vez obtenido el estatus de jubilado. Si bien es un principio que simplemente extiende el funcionamiento del sistema más allá de las fronteras, puede entrar en conflicto con la solidaridad, ya que al carecer de información sobre la situación del afiliado en el extranjero potencialmente mueve recursos a quienes están en una mejor situación, restando fondos para quienes tienen una mayor necesidad; con la integralidad, en caso de generar coberturas múltiples por la superposición de protección en ambos países y con la sustentabilidad, ya que al extender la cantidad de personas protegidas se requiere una mayor cantidad de recursos.

## V. DERECHOS EN CURSO DE ADQUISICIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN PARÁMETRO RACIONAL QUE JUSTIFIQUE MODIFICACIONES A LAS PENSIONES

Dado que sabemos que es posible modificar los sistemas de pensiones, las condiciones sobre las que se establecen, sus parámetros y sus prestaciones, ¿realmente podemos hablar de derechos en curso de adquisición? Creemos que sí y, aunque es necesario reconocer que es una aproximación preliminar de un tema que exige y exigirá mayor investigación, es posible plantear algunas líneas de acción al respecto.

Primeramente al delimitar en qué consisten los derechos en curso de adquisición, es necesario referirse a la experiencia comparada, en la que se aprecia un alto grado de modificaciones en los sistemas de pensiones, las cuales pueden encontrar justificación, incluso, en sus principios, lo que queda patente por la relevancia que ha adquirido el de la sostenibilidad, el cual ha sido central, sin ser principal, durante los últimos treinta años, sin perjuicio de poder invocar otros principios como guías de procesos determinados e, independientemente de los mecanismos financieros de cada sistema. Sin embargo, ciertos elementos aparentan una mayor solidez en todos estos procesos, especialmente la calificación misma como sujeto de un estado de necesidad. De esta manera, el estatus de pensionado pareciera ser inalterable una vez obtenido, lo que implica haber cumplido los requisitos determinados por la normativa de cada país y, dependiendo de la legislación, invocar su otorgamiento<sup>39</sup>. Esta situación puede ser atribuida a la previsibilidad de las prestaciones que el pensionado va a alcanzar, las cuales, independiente de su monto, pasan a formar parte de su patrimonio, modelando su comportamiento en el conocimiento de tales ingresos<sup>40</sup>. Tal situación tiene un cierto grado de reconocimiento, incluso, en la legislación chilena, donde se admite el uso de excedentes de la cotización de salud para financiar el respectivo plan en el lapso que media entre la solicitud de una pensión y su otorgamiento, reconociendo que en tal circunstancia el afiliado integra el beneficio por recibir a su comportamiento, con lo que entrega un respaldo para cubrir el lapso inesperado de tramitación<sup>41</sup>. Concordamos

---

<sup>39</sup> Considérese el caso de Chile, donde no es obligatorio jubilarse. Otros países, como Suecia, cuentan con periodos entre los cuales se puede solicitar la calidad, llegando a momentos donde se vuelve obligatorio. En tales regímenes se producen interesantes interacciones entre los requisitos para jubilarse y el derecho laboral, que exceden el alcance de este artículo.

<sup>40</sup> O servicios, de ser el caso.

<sup>41</sup> Artículo 188, inciso 4º, N° 6, del DFL 1 de 2006 del MINSAL, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL n.º 2763, de 1979 y de las leyes n.º 18933 y n. 18469.

en este primer punto, toda vez que la calidad adquirida de pensionado, de cualquier naturaleza, entra en la calidad de derecho adquirido, y salvo que medie dolo de parte del afiliado u otro vicio del consentimiento relevante, no debiese poder perderse<sup>42</sup>.

Por tanto, respecto de los beneficios previsionales de quienes ya se encuentran en el goce de aquellos, no podrían ver modificado su otorgamiento, salvo excepciones justificadas principalmente en los principios mismos de la disciplina. A modo ejemplar, las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez establecidas en la Ley n.º 20255 de 2008, que cambiaron el anterior régimen de pensiones asistenciales (PASIS) desde un beneficio condicionado con revisiones cada tres años, a un derecho encaminado a la universalización, en que de todas formas pueden extinguirse al perder alguno de los requisitos de su otorgamiento, como el dejar de pertenecer a alguno de los quintiles de la economía en que se estratifica la población. Asimismo, en el proyecto de reforma previsional en curso (*Boletín* 12.212-13) se establece la pérdida de la pensión de sobrevivencia respecto del parricida o femicida condenado, con gradualidad en su implementación. De forma similar, un sistema que entre en una situación de colapso financiero, podría modificar las pensiones pagadas desde un fondo común, distribuyendo la responsabilidad de no haber ajustado el sistema tanto en la generación activa como en la pasiva<sup>43</sup>.

A partir de tal experiencia es posible comenzar a esbozar lo que serían los derechos en curso de adquisición. Obviamente, el primer elemento a considerar es la existencia de una mera expectativa relacionada con la seguridad social que entregue la posibilidad de la consolidación de un derecho futuro. Dada que la respuesta de esta disciplina a las contingencias sociales son prestaciones con contenido pecuniario, este elemento es ubicuo.

En segundo lugar, será necesario que la regulación de tal expectativa requiera de un lapso moderadamente largo de tiempo para la consolidación del derecho. Este punto restringe de forma importante los potenciales derechos en curso de adquisición, toda vez que buena parte de las contingencias sociales, precisamente por ser contingentes, son en la mayoría de los casos de ocurrencia súbita, con lo cual la re-

---

<sup>42</sup> En lo que corresponde a pensiones derivadas de contingencias sociales. Otro tipo de pensiones, requieren un análisis separado.

<sup>43</sup> Políticamente es tentador restringir los cambios a la generación activa, toda vez que las generaciones pasivas son políticamente muy activas (véase el caso de Japón). Sin embargo, el progresivo incremento de cotizaciones para cubrir los déficits puede ser contraproducente, dañando el trabajo formal y la economía del país. En casos extremos, puede que no sean suficientes para solucionar el problema, obteniendo una generación pasiva que no quiere perder sus prestaciones y una generación activa que no quiere cotizar, porque no habrá recursos para pagar las pensiones.

gulación entrega pocos requisitos relativos al tiempo de pertenencia en los regímenes y cuando los hay, están más asociados a la prevención del fraude, que es aplicable incluso ante derechos consolidados<sup>44</sup>. En lo que respecta al sistema de pensiones, ello es aplicable principalmente a las pensiones por vejez y, de forma limitada, a las por sobrevivencia.

En tercer lugar es necesario que el eventual cumplimiento de los requisitos de acceso pendientes del derecho no dependa de la voluntad de terceros, sino del mero comportamiento del afiliado en circunstancias comunes. Ello implica que para el afiliado, de mantenerse su comportamiento, la generación de la prestación será una cuestión del mero transcurso del tiempo, lo que nos permite diferenciar la generación de una pensión con la situación de las indemnizaciones por años de servicio del derecho laboral, donde, si bien se cumplen los requisitos anteriores, es necesaria una acción dependiente de una voluntad ajena, el despido por una causal específica.

Finalmente, quizá el elemento que más restringe la aplicación de los derechos en curso de adquisición, es necesario que el comportamiento del potencial afiliado pueda considerarse como afectado por la prestación futura a la cual aspira. Esto es, de no existir la misma, las opciones y decisiones que se hubieran tomado serían diferentes a las existentes. De esta forma, a la vez que se permite la modificación de los sistemas previsionales, se pone una restricción a la actividad del legislador, el cual se encontraría vedado, al menos en parte, de alterar estatutos en los cuales sus miembros ajustaron el curso de sus vidas para acomodarse a sus condiciones.

En consecuencia, un elemento común a la posibilidad de alterar tanto los derechos en curso de adquisición como los ya adquiridos se relaciona con la modificación sustancial de los caracteres particulares de los elementos señalados respecto de cada persona, en que son sustanciales las decisiones que adoptan cada uno de ellos teniendo en consideración los especiales términos de las diversas contingencias sociales.

Con todo, la aplicación práctica de estos elementos será tan compleja como la estructura del sistema previsional al que se quiera aplicar, ya que cada configuración impacta de forma diferente en la actitud que toman sus afiliados. De forma similar, la propiedad involucrada en cada sistema (ya de activos, ya de obligaciones) generaría efectos diversos.

Así, un sistema de aplicación general, donde los requisitos y condiciones para pensionarse proceden para la totalidad de la población o a su

---

<sup>44</sup> Considérese, por ejemplo, los requisitos en el acceso a los subsidios por incapacidad laboral. Mientras la enfermedad común exige periodos de afiliación y cotizaciones, el accidente común no lo hace, lo que corresponde a un intento de evitar la afiliación oportunista, en un reflejo de lo que denominamos solidaridad por cumplimiento.

mayoría, dificultan la invocación de los derechos en curso de adquisición sino en la cercanía de la edad de jubilación. Raramente la población joven toma en consideración los efectos del sistema previsional en sus elecciones de vida<sup>45</sup> e, incluso, a edades avanzadas en pocas ocasiones se toman decisiones que puedan vincularse a ello, lo que restringe el uso de estos casos a un lapso breve, de tres o cinco años quizá, similar a los periodos de transición de varios países, como lo que está ocurriendo con las diferentes normas constitucionales y legales sobre retiro de fondos previsionales en estos tiempos de pandemia.

La variación en la edad para acceder a la pensión de vejez importa un cambio paramétrico de suma importancia a considerar en la obtención de la prestación, pero el momento en el que tal cambio involucra una afectación de derechos debe analizarse, como expresamos con anterioridad, a la alteración sustancial de las decisiones de la persona, supuesto en el que no es igual el aumentar la edad de pensión de los hombres de sesenta y cinco a sesenta y seis años, que la de las mujeres desde sesenta a sesenta y cinco o sesenta y seis años, sin gradualidad establecida en la norma, por lo que consideramos que el alza, como requisito de acceso a la prestación, podrá o no significar una alteración al derecho en curso de adquisición en atención al momento en que se efectúe el cambio paramétrico y hasta qué punto ello puede alterar las decisiones del futuro o futura pensionado, por lo que siempre se estimará necesario que este tipo de cambios debe incluir una necesaria gradualidad en su implementación, en que ha sido la regla en cambios tanto en el ámbito nacional como comparado<sup>46</sup>.

Por otra parte, a medida que la aplicación de un régimen previsional se vuelve más cercana a la actividad laboral del afiliado, en cuanto a su gestión, más se extiende la posibilidad de invocar derechos en curso de adquisición. Así, un sistema ocupacional en sentido amplio<sup>47</sup>, las potenciales complejidades, en caso de cambio de empleo, permiten abarcar más tiempo, ya que el afiliado será reacio a moverse de categoría por la afectación de beneficios que se produciría<sup>48</sup>. En tanto, en un sistema ocupacional estricto, donde las pensiones son una compensación por las condiciones de trabajo, la invoca-

---

<sup>45</sup> De lo contrario los problemas del sistema de pensiones serían mucho menores. educación previsional y financiera.

<sup>46</sup> Se tiene presente la experiencia del DL 2448 de 1979, así como los mecanismos que otros países han desarrollado en la materia, como modificaciones según fecha de nacimiento y gradualidad progresiva.

<sup>47</sup> Es decir, aquel en el cual las empresas o la actividad económica sean el factor de agrupación administrativa, con sus propios requisitos para acceder a la prestación, pero sin involucrar una asociación con las condiciones de trabajo.

<sup>48</sup> Como lo ocurrido con las excajas de previsión, sin ley que asegure continuidad.

ción de los derechos en curso de adquisición puede ser inmediata, ya que los afiliados están actualmente tomando decisiones, sacrificando condiciones laborales, en consideración a las prestaciones futuras que están persiguiendo.

Si consideramos el nivel de la obligatoriedad del sistema, la situación es similar. En los mecanismos voluntarios, ya hay derechos en curso de adquisición toda vez que el sujeto está tomando decisiones directamente relacionadas con la prestación futura, si bien al ser, en su mayoría, sistemas de capitalización, la discusión es menos relevante. Los sistemas obligatorios, en cambio, su fuerza se debilita, ya que al ser una imposición de la ley, el papel de la voluntad es menor, con lo cual habrá que atender a la configuración del mismo.

Finalmente, para terminar este esbozo sobre los derechos en curso de adquisición, hay que considerar la estructura financiera del sistema. Tanto los sistemas de capitalización como los de reparto, en las diferentes configuraciones que pueden tomar, contienen derechos consolidados. En los primeros, al menos en sus versiones de capitalización individual y colectiva, los afiliados cuentan con la propiedad inmediata de los recursos y la regulación solo da cuenta de las restricciones a su disposición. Con ello, los derechos en curso de adquisición darían cuenta de una situación negativa: que no se incrementen las restricciones a la disposición de los recursos que se tienen en propiedad. En cambio, los sistemas de reparto operan sobre obligaciones asumidas por el administrador respectivo, con lo cual aquí los derechos en curso de adquisición toman una posición más natural de limitar las posibilidades de cambiar el contenido de tales obligaciones.

Con todo, ¿será posible afectar derechos adquiridos o en curso de adquisición? La aplicación de los principios y los fines de la seguridad social apuntan a que sí, pero solo de forma limitada. Comúnmente una modificación de las condiciones de acceso a las prestaciones implicará derechos en curso de adquisición, donde deberán considerarse las restricciones previamente comentadas; en cambio, si la discusión corresponde a los beneficios en sí, lo común será que estén involucrados derechos adquiridos. Sin embargo, en este último caso en los programas de contribución definida, donde la prestación no está asegurada en su monto, facilita la discusión, ya que la asimila nuevamente a las condiciones de acceso/entrega, aplicando nuevamente los criterios de los derechos en curso de adquisición. Tales casos deben tratarse como si fueran un cambio radical de sistema, toda vez que la necesidad de alterar las prestaciones mismas es un parámetro de insostenibilidad.

De esta forma, el establecimiento o modificación de las cotizaciones previsionales, en particular su incremento, estimamos no alteran de forma sustancial los derechos en seguridad social y sus prestaciones, sin perjuicio

de la necesaria gradualidad en la regulación de la aplicación de aquella alteración, teniendo presente que la creación de nuevas cotizaciones o el alza de las mismas van directamente relacionadas con la mejora de prestaciones sociales, pero ello debe tener en consideración la realidad del mercado laboral, debido a que un incremento drástico y, más de forma inmediata de las mismas podría tener repercusiones en el desempleo y, por tanto, influir en disminuir la cobertura al estar íntimamente relacionada al elemento ocupacional contributivo para la obtención de diversas prestaciones<sup>49</sup>.

Por tanto, para efectos del reconocimiento de los derechos en curso de adquisición en seguridad social, así como de la mantención de los ya adquiridos, es necesario distinguir distintos elementos al momento de analizar la variabilidad de aquellos y si, en consecuencia, son justiciables y eventualmente mutables, al tratar sobre la tasa de cotización, los beneficios previsionales y sus requisitos de acceso.

Al respecto vemos cuatro alternativas, no necesariamente excluyentes:

- a) Mantención voluntaria de estatutos a afiliados: Similar a reforma de 1980, permite que quienes quieran utilicen el nuevo modelo a la vez que evita problemas con la propiedad o derechos adquiridos o en curso de adquisición. Los problemas de esta alternativa es que es lento en su aplicación, dejando en pie un punto de comparación complejo para el sistema de reemplazo, pudiendo existir una potencial inequidad en el tratamiento de beneficios indirectos, y si tiene un respaldo estatal amplio, tanto afiliados como no afiliados concurren a sustentar los errores, por lo que se requiere analizar la viabilidad administrativa ante el corte de afiliaciones. Esta alternativa la encontramos, también, a modo de referencia, en el Convenio 157 de la OIT sobre conservación de los derechos en seguridad social de 1982, el que insiste en que los beneficios deben generarse sin referir al lugar de residencia, como regla general y, en lo posible, sin considerar ser nacional de alguno de los Estados miembros que ratifican o forman parte de un convenio de reciprocidad, sin perjuicio que con respecto al principio de la igualdad de trato se puedan generar por los Estados algunas restricciones.
- b) Solución de internacionalidad: Todos deben ingresar al nuevo sistema, pero el antiguo no se elimina, sino que se utiliza para el cálculo proporcional de beneficios obtenidos, incluso en los casos de totalización de periodos en regímenes excepcionales. Sus ventajas se reflejan en que simplifica administrativamente el sistema, evitando

---

<sup>49</sup> La informalidad subsecuente a un alza de cotizaciones no moderada y adecuadamente establecida, es contraria a diversos principios de la seguridad social.

la manipulación de beneficios indirectos en atención a la afiliación, siendo más equitativo con las cargas que imponga el modelo y evita, parcialmente, problemas con propiedad o derechos adquiridos/en curso de adquisición. Pero, en contraposición, se reducen los efectos de cambios económicos, lo que puede hacer necesaria una transición más larga, así como pueden existir diferencias en los resultados de las prestaciones que pueden hacer necesaria una cantidad importante de información.

- c) Cambio de situación: Sobre la base de la doctrina civil, se asume que las entidades de seguridad social solo están obligadas a las prestaciones equivalentes a los parámetros originalmente existentes<sup>50</sup>. Solo aplica a mecanismos de beneficio definido, siendo equivalente a cambiar el peso desde la institución a la persona, lo que permite combinar con alguna de las anteriores alternativas para determinar el aporte económico necesario para el cambio.
- d) Estado inmutable, cálculo variable: Mientras no es posible perder el carácter de pensionado, la fórmula de cálculo es variable y su alteración tiene aplicación inmediata. Lo anterior es útil cuando es imposible seguir alterando cotizaciones de activos, pero no se solucionan los déficits. Tiene el problema que los pasivos son políticamente más activos y que los jóvenes siempre tendrán la ilusión del esfuerzo de los que vendrán.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CIFUENTES, Hugo (2018). *El sistema de seguridad social chileno. Descripción y aspectos generales*. Santiago: Ediciones UC.
- CIFUENTES, Hugo, Pablo ARELLANO y Francisco WALKER (2013). *Seguridad social: parte general y pensiones*. Santiago: Librotecnia.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1964). *Informe sobre la reforma de la seguridad social chilena*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HOLZMANN, Robert, Edward PALMER, Robert PALACIOS & Stefan SACCHI (eds.) (2020). *Progress and Challenges of Nonfinancial Defined Contribution Pension Schemes*. Washington, The World Bank.

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, el recalcular la pensión de vejez por presentarse nuevos beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

- HUMERES, Héctor (2019). *Derecho del trabajo y la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ Oneto, Marco (2013). *El principio de protección de la fuente del empleo en Chile*. Santiago: Thompson Reuters.
- MONTT, Guillermo y Alberto CODDOU (2020). *El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución*. Santiago: OIT.
- NOVOA, Patricio (1977). *Derecho de la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PALMER, Edward & Bo KÖNGBER (2020). “The Swedish NDC Scheme: Success on Track with Room for Reflection”, in Robert Holzmann, Edward Palmer, Robert Palacios & Stefano Sacchi. *Progress and Challenges of Nonfinancial Defined Contribution Pension Schemes*. Washinton, DC: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.