Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 199
AÑO LXIV
ENERO - JUNIO 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LOS TRABAJOS PESADOS Y EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

GABRIELA LANATA FUENZALIDA
Profesora Seguridad Social
Depto. Derecho Laboral
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCION

Los motivos que nos inducen a redactar este trabajo son antiguos: desde el nacimiento del DL 3.500 se advirtió una importante falencia: tratamiento sistemático al tema de rebajas de edad en razón de haber desarrollado trabajos que, sin llegar a originar una invalidez, impliquen desgastes excepcionales para quien los realice. Tal situación, completamente familiar en algunas Cajas de nuestro Antiguo Sistema Previsional, no se conlleva con el Sistema Privado de Pensiones. A través de los años hemos observado tímidos intentos por dar algún tipo de solución a este serio problema social, todos los cuales siempre dejaron importantes vacíos que implicaba, en definitiva, estar frente a un simple consuelo, por decir lo más "esperanzador": el tema era objeto de preocupación.

En la actualidad los esfuerzos parecen haber llegado a una culminación, al dictarse la ley 19.404, en agosto de 1995 y su respectivo Reglamento, el Decreto N° 71, en julio del presente año.

La interrogante ahora es: ¿Estamos, por fin, frente a una solución integral al problema? o, ¿sólo se tratará de una demostración más seria, del interés que éste presenta para nuestros legisladores? Intentaremos dar respuesta a estas interrogantes.

2. ANTECEDENTES

El artículo 38 de la Ley 10.383, de 1952, que creó el Servicio de Seguro Social, dispuso que la edad legal de jubilación de los trabajadores afiliados a ese

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

régimen se disminuiría un año por cada cinco en que el asegurado hubiere realizado trabajos pesados, siempre que al otorgarse la pensión tuviese un mínimum de 1.200 semanas de imposiciones. Si esos trabajos se hubieren realizado en labores mineras o de fundición, la rebaja sería de dos años por cada cinco con tope de diez.

De acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 681, de 1963, que reglamentó el punto en estudio, se consideraron trabajos pesados los siguientes:

a) Los que producen un desgaste orgánico excepcional por requerir esfuerzos físicos excesivos;

b) Los que se realizan sometidos habitualmente a temperaturas excesivamente altas o bajas;

c) Los que se ejecutan habitual o íntegramente de noche;

d) Los que se desarrollan en alturas superiores a 4.000 metros sobre el nivel del mar.

Inicialmente, los obreros que hubiesen realizado estos trabajos catalogados como pesados, que se cambiaban de régimen previsional perdían su derecho a rebaja, hasta que el 14 de septiembre de 1971 se dictó la Ley 17.487, que dispuso que los obreros que pasen o hayan pasado a ser imponentes de la Caja de Previsión de Empleados Particulares o de cualquier otra institución de previsión social, tendrían derecho al abono del art. 38 de la citada Ley 10.383, por los trabajos pesados que acreditasen en conformidad a esa disposición durante el tiempo que fueron asegurados del Servicio de Seguro Social, para los efectos de su jubilación por vejez.

A su vez, la Ley 10.475, de 1952, que regula las jubilaciones y pensiones de los imponentes a la ex Caja de Previsión de Empleados Particulares, en su art. 29 estableció que la edad necesaria para pensionarse por vejez se reduciría en un año por cada cinco de servicios prestados en turnos de noche, entendiéndose por trabajo nocturno, según el art. 29 del respectivo Reglamento (Decreto Supremo Nº 2.588, de 1953, del entonces Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social), aquel cuya jornada ordinaria incluya un mínimo de seis horas en el lapso comprendido entre las 20.00 y las 07.00.

Otro texto que legisló sobre la materia fue la Ley 10.662, de 1953, que creó la Sección Tripulantes de Naves y Operarios Marítimos en la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional. Su artículo 23 estableció que tendrían derecho a pensionarse por vejez los asegurados que reunieran, entre otros, el requisito de tener cumplidos 60 años de edad, disminuyéndose posteriormente, en virtud de la Ley 16.464 a 55 años de edad.

Sólo gozaban de este derecho los trabajadores pertenecientes a los sistemas indicados y era una legítima aspiración de los demás afiliados al Sistema Antiguo que el beneficio se extendiera a todos ellos.

El 9 de febrero de 1979 entró en vigencia el D.L. 2.448, que modificó sustancialmente diversos regímenes de pensiones, estableciendo en su art. 7 que los requisitos de edad contemplados en los regímenes previsionales vigentes a la

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

época para obtener pensión de vejez serían de 65 años de edad para los hombres y 60 para las mujeres.

Su artículo 13 facultó al Presidente de la República para que dentro de un año, contado desde la vigencia de este decreto ley, dictara las normas para establecer un sistema general o sistemas particulares de disminución de hasta diez años de las edades exigidas para obtener pensión por vejez, por la realización de trabajos pesados, en actividades profesionales especiales, o por otras causas específicas que produzcan un desgaste físico o intelectual prematuro o hagan perder facultades para la actividad que se desempeñe, pudiendo financiarse mediante el establecimiento de cotizaciones adicionales.

El plazo en mención se prorrogó por el término de un año en el artículo único del D.L. 3.163, de 1980, pero en definitiva, la facultad nunca se ejerció.

El D.L. 3.500 de 1980 creó un nuevo sistema de pensiones sustentado, entre otros, en el principio de la uniformidad, entendido para estos efectos como la búsqueda de un régimen único, sujeto a requisitos y normativas iguales frente a problemas similares. En concordancia con lo anterior, fueron pocos los elementos diferenciadores que se introdujeron y, por el contrario, la única forma de obtener un beneficio antes de enterar la edad legal de jubilación -a excepción de la situación de la invalidez y sobrevivencia- se basó en una acumulación de fondos que permitiese obtener una pensión de determinado monto, sin que fuese posible rebajar las edades para pensionarse por vejez en razón de haber realizado trabajos pesados, con lo cual el tema desapareció de nuestra realidad legislativa, con toda la implicancia social que ello presenta[1].

3. INTENTOS DE SOLUCION

3.1. El problema fue objeto de gran preocupación social, por lo que han sido diversos los intentos de buscar alguna solución, los cuales, primitivamente, sólo se dirigieron a los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones y, según veremos, significaron siempre el respeto de los principios básicos que lo han informado.

En el esquema originado después de la dictación del D.L. 3.500, el tema puede enfocarse en relación a aquellos trabajadores que se cambiaron desde el Antiguo Sistema o Tradicional, habiendo desempeñado tales trabajos durante esa afiliación; y en relación a aquellos que han realizado trabajos pesados durante su afiliación al Nuevo Sistema, ya sea que provengan del Antiguo o no.

[1] De acuerdo al art. 68 del D.L. 3.500, de 1980, los afiliados al sistema pueden pensionarse antes de cumplir la edad legal, siempre que, acogiéndose a alguna de las modalidades de pensión que en ese texto se establecen, cumplan con los siguientes requisitos:

a) Obtener una pensión igual o superior al cincuenta por ciento del promedio de las remuneraciones imponibles percibidas y rentas declaradas, debidamente reajustadas según la variación del IPC, y

b) Obtener una pensión igual o superior al ciento diez por ciento de la pensión mínima de vejez garantizada por el Estado.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Primera situación

Los trabajadores que se cambian desde el Antiguo al Nuevo Sistema pueden tener derecho al llamado Bono de Reconocimiento y fue precisamente a través de esta institución que se hicieron los primeros intentos por dar algún tipo de solución al problema.

En primer lugar, la Ley 18.964, de 10 de marzo de 1990, estableció la posibilidad de transar el Bono en el Mercado Secundario Formal, como una manera de lograr básicamente una mayor liquidez en los fondos de que disponía el respectivo afiliado y así poder optar a una jubilación anticipada.

En segundo lugar, la Ley 19.177, de 27 de noviembre de 1992, intercaló un inciso al artículo 12 transitorio del D.L. 3.500, que se refiere a las oportunidades en que se hace exigible el bono, disponiendo que lo será a la fecha en que el afiliado cumpla 65 ó 60 años, según se trate de hombre o mujer, hubiere fallecido o se acogiere a pensión de invalidez. No obstante, se contemplan excepciones a esa regla general en los incisos 2 y 3, este último agregado por el artículo 1 de la Ley 19.177, de acuerdo al cual los afiliados que hayan sido imponentes de los regímenes previsionales referidos en el artículo 1 del D.L. 3.501, de 1980, y que hubieren podido pensionarse en el Instituto de Normalización Previsional, de permanecer afectos a éste, con edades inferiores a los 60 ó 65 años, invocando el desempeño de trabajos pesados realizados durante la época en que se mantuvieron afiliados a aquéllos, tendrán derecho a que su bono de reconocimiento se haga exigible a contar de la fecha en que cumplan la edad correspondiente. Recordemos que estos trabajadores, en la práctica eran básicamente los que habían estado afiliados al ex Servicio de Seguro Social, a la ex Caja de Empleados Particulares y a la ex Sección Tripulantes y Operarios de Naves de la Caja de la Marina Mercante Nacional.

Según lo dispone el art. 2 de la Ley 19.177, para estos efectos la edad podrá ser disminuida en un año por cada cinco en que los trabajadores hubieren realizado trabajos pesados, con un máximo de cinco años y en dos años por cada cinco cuando se trate de actividades mineras o de fundición, con un máximo de diez años. Para tener derecho a la disminución, el imponente debe tener a lo menos 23 años de cotizaciones en cualquier régimen de previsión.

Agrega el inciso 4 del art. 2, que también podrán invocarse los trabajos pesados desempeñados con anterioridad a su vigencia durante los períodos en que los trabajadores hubieren estado afectos a cualquier régimen previsional administrado por el Instituto de Normalización Previsional.

Debe señalarse que esta norma vino a dar fuerza legal a la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de Seguridad Social, que de acuerdo con las instrucciones impartidas al INP, procedía a la liquidación anticipada de los bonos de reconocimiento, considerando las rebajas de edad por desempeño de trabajos pesados.

Del análisis anterior se puede concluir que la solución apuntada no dice relación concretamente con la disminución de la edad para pensionarse, sino con posibilitar un aumento de los fondos de que pueda disponer el afiliado, co-

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo una forma de permitirle jubilar anticipadamente de acuerdo a las normas del art. 68 del D.L. 3.500. Lo anterior resulta análogo a la posibilidad de transacción del bono, ya mencionada. Sin embargo, en este caso el castigo que efectúan las compañías de seguros al monto del bono no se producirá o será menor, ya que la fecha de liquidación ha sido anticipada[2].

Del punto de vista práctico, el afiliado que se encuentra en esta situación debe efectuar una solicitud a la AFP a que está afiliado y será la entidad emisora del bono a la que le corresponderá calificar si procede o no anticiparlo.

Segunda situación

Nos referiremos ahora a aquellos trabajadores que han desempeñado o desempeñan trabajos pesados durante su afiliación al Nuevo Sistema.

El actual régimen, en su inicio no contempló tal situación como un factor gravitante en la obtención del beneficio de pensión de vejez. Por el contrario, la única posibilidad de pensionarse antes de la edad legal (salvo invalidez o sobrevivencia) se estableció en el artículo 68 del D.L. 3.500, que confiere este derecho a cualquier afiliado al sistema cumpliendo los requisitos que allí se mencionan y que dicen relación particularmente con la acumulación de fondos, sin que revista ninguna importancia la labor desarrollada por el trabajador.

La Superintendencia de Seguridad Social[3], en relación a aquellos trabajadores que se han cambiado al Nuevo Sistema, ha indicado que resulta improcedente sumar el tiempo de desarrollo de trabajos pesados efectuados durante esta afiliación a aquéllos realizados durante su permanencia en el Antiguo Sistema, toda vez que la Ley 19.177 sólo permite anticipar la exigibilidad del bono en relación a trabajos pesados realizados durante la época en que estuvieron afectos a algún sistema administrado por el Instituto de Normalización Previsional, aunque sean anteriores a su vigencia, pero no posteriores al cambio de sistema.

3.2. La situación descrita dio origen a una iniciativa legislativa del actual Gobierno tendiente, originalmente, a uniformar la situación de los afiliados al Antiguo Sistema que desempeñaban faenas penosas, los que se estimaron en ese momento en "30 mil potenciales beneficiarios" de los cuales se calculó un total de 1.459 trabajadores para el primer año de aplicación como ley de la iniciativa legal en estudio[4].

[2] Opinión corroborada por la Superintendencia de Seguridad Social, en Ord. N° 1.802, de 16 de febrero de 1993.

[3] Ords. N° 1.802, de 16 de febrero de 1993 y N° 1.843, de 17 de febrero de 1993, publicados en *Manual de Consultas Labores y Previsionales* N° 97, de 1993, pp. 93 y sgtes.

[4] Según datos obtenidos del Informe de la Comisión de Hacienda recaído en el proyecto en análisis.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En definitiva, se legisló para los trabajadores afiliados al Régimen Tradicional y también a los del Nuevo Sistema.

Es así como en el *Diario Oficial* del 21 de agosto de 1995 se publicó la Ley 19.404, que agregó un artículo 17 bis al D.L. 3.500, en virtud del cual se establece la posibilidad de invocar el desempeño de trabajos pesados como un factor de diferenciación entre los afiliados, aun cuando no se aparta de la base de la obtención de beneficios en el Sistema, cual es la acumulación de capitales.

La materia ha sido reglamentada por el Decreto Nº 71, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el *Diario Oficial* del 13 de julio de 1996.

4. ANALISIS DE LA ACTUAL LEGISLACION

4.1. En relación a los trabajadores del Nuevo Sistema de Pensiones

Definición

De acuerdo al art. 3 de la Ley 19.404 y 1º del Reglamento, se entenderá que constituyen trabajos pesados aquellos cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico en la mayoría de quienes los realizan, provocando un envejecimiento precoz, aun cuando ellos no generen una enfermedad laboral.

Calificación

El art. 3 de la Ley crea una comisión denominada Comisión Ergonómica Nacional, a la cual le corresponderá la calificación de determinadas labores como pesadas. Esta comisión se relacionará con el Ejecutivo a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, estimándose así de una mayor independencia que si fuese parte integrante de alguna Superintendencia.

La función a desarrollar por esta Comisión reviste especial trascendencia, ya que estará encargada de definir una labor como de trabajo pesado y también de los factores de carga global, a que nos referiremos más adelante, tanto en relación a los afiliados al Sistema de Pensiones del D.L. 3.500, como respecto de los imponentes de los regímenes previsionales administrados por el Instituto de Normalización Previsional.

Integración

La Comisión está integrada por un médico cirujano especialista en medicina ocupacional, quien la preside; un médico cirujano especialista en medicina y ortopedia; un ingeniero civil experto en prevención de riesgos profesionales; un ingeniero civil experto en higiene industrial; un

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

profesional universitario experto en ergonometría[5]; un trabajador designado por la central más representativa del país, que sea o haya sido miembro de un Comité Paritario de Seguridad; un empresario designado por la organización más representativa del país, que sea o haya sido miembro de un Comité Paritario de Seguridad.

Los miembros de esta Comisión, a excepción del representante de los trabajadores y el de los empleadores, son designados por el Ministro del Trabajo y Previsión Social, a proposición del Superintendente de Seguridad Social.

Procedimiento

La Comisión deberá confeccionar una lista con los trabajos considerados como pesados y otra con aquellos a los que se les rechace tal calidad (art. 3 de la Ley 19.404 y 10 del Reglamento). Estas listas deberán ser publicadas en el *Diario Oficial* el día 1 ó 15 de diciembre de cada año. Para efectuar la calificación las Comisiones deberán establecer un instrumento guía de conocimiento público, uso obligatorio y revisión permanente, considerando a lo menos los siguientes factores:

a) Factor físico: constituido por las exigencias del puesto de trabajo que demandan un esfuerzo adaptativo fisiológico, reflejado en mayor gasto energético y con modificaciones del metabolismo.

b) Factor ambiental: que corresponde a la presencia, en los puestos de trabajo, de agentes ambientales que puedan afectar negativamente la salud de sus trabajadores, su bienestar y su equilibrio fisiológico.

c) Factor mental: es la exigencia del puesto de trabajo que demanda esfuerzos adaptativos del sistema nervioso y de la estructura psicoafectiva del trabajador.

d) Factor organizacional: son las exigencias del puesto de trabajo derivadas de la organización y diseño de la labor y su entorno psicosocial.

Según lo dispone el Reglamento, se entiende por puesto de trabajo el conjunto de tareas, deberes y responsabilidades que, en el marco de las condiciones de trabajo definidas por la empresa, constituyen la labor regular de una persona y que pueden ser descritas con prescindencia del trabajador que lo ocupa.

Cabe destacar que la calificación de una determinada faena como consti-

[5] El profesor de nuestra Universidad don Elías Apud Simon ha sostenido que la ergonomía es el estudio del hombre en el trabajo con el propósito de lograr un óptimo sistema hombre-tarea-ambiente, en el cual pueda mantenerse un adecuado equilibrio entre el trabajador y las condiciones laborales. Desde este punto de vista la ergonomía es una multidisciplina que integra todos los factores que pueden afectar al hombre en el trabajo. Sus objetivos están orientados, por una parte, a proteger la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores y, por otra, a lograr una óptima eficiencia productiva. En intervención efectuada con motivo de las Jornadas de Prevención de Riesgos en la Universidad de Concepción, el 13 de marzo de 1992.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tutiva de trabajo pesado se efectúa con carácter objetivo, es decir, con la más absoluta prescindencia de las características individuales de quien las realiza. Tampoco se considera las diferentes actividades o labores en forma global, sino que algún determinado "puesto de trabajo".

Para la calificación de trabajo pesado la Comisión podrá actuar de oficio o a requerimiento de alguna de las siguientes personas: el trabajador interesado; del empleador; del sindicato respectivo; o, del delegado del personal. El requerimiento debe efectuarse en un formulario de solicitud confeccionado por la Comisión y deberá presentarse en la Secretaría Regional Ministerial del Trabajo y Previsión Social que corresponda al domicilio del requirente.

Junto con la solicitud deberán presentar un certificado del respectivo empleador en el que se señale el tipo de labor y el puesto de trabajo, detallando sus características, la empresa y el lugar de desempeño. Deberá mencionar también el horario, condiciones ambientales de trabajo, y toda otra información que sea de utilidad para la calificación.

Podría ocurrir que no se contara con el certificado del empleador, caso en el cual deberá efectuarse por el interesado una declaración escrita ante la Inspección del Trabajo competente, en la cual deberán contenerse todos los antecedentes indicados.

Derecho a reclamo

En contra de las resoluciones de la Comisión el empleador o los trabajadores afectados podrán reclamar dentro de treinta días hábiles, contados desde la respectiva notificación ante una comisión autónoma, denominada Comisión de Apelaciones, la cual deberá estar integrada por 3 miembros, que tengan las profesiones y especialidades indicadas anteriormente.

Financiamiento

Los afiliados al Sistema que realicen trabajos calificados como pesados por la Comisión, deben cotizar en su Cuenta de Capitalización Individual un 2% de su remuneración imponible. Igualmente, el empleador de estos trabajadores debe hacer un aporte mensual del mismo monto (2% de la remuneración imponible), que será depositado en la cuenta indicada.

La C.E.N., al calificar una faena como trabajo pesado, podrá reducir la cotización y el aporte fijándolos, cada uno, en un 1% de la remuneración imponible. Para ello, debe considerar el menor desgaste relativo producido por el trabajo de que se trate.

Las cotizaciones y aportes deben efectuarse en relación a las remuneraciones imponibles devengadas a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que quede ejecutoriada la respectiva resolución. Estas cotizaciones no proceden en períodos en goce de licencia médica.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Rebaja de edad

La Ley 19.404, agregó un art. 68 bis al D.L. 3.500, de acuerdo al cual los afiliados que desempeñen o hubiesen desempeñado trabajos pesados y no cumplan los requisitos que establece el art. 68 para jubilar anticipadamente pueden obtener una rebaja de la edad legal para jubilar en base a 2 años por cada 5 en que hubieren efectuado la cotización del 2%, con un tope de 10 años y de 1 año por cada 5 en que hubieren efectuado la cotización del 1%, con tope de 5 años.

Las fracciones de períodos de 5 años en que se hubieren efectuado las cotizaciones referidas dan derecho a rebajar la edad en forma proporcional al tiempo en que se hubieren realizado las respectivas cotizaciones.

Para poder invocar esta rebaja de edad se exige que el afiliado, al acogerse a pensión tenga un total de 20 años de cotizaciones o servicios computables en cualquier sistema previsional.

4.2. En relación a los trabajadores afiliados al Antiguo Sistema Previsional

La ley 19.404 reconoció este derecho, disponiendo que la calificación de los trabajos como pesados corresponderá a la C.E.N. Para poder acceder al beneficio se exige contar con 23 años de cotizaciones en cualquier régimen previsional. No se hace distinción en cuanto a la entidad de la cual proceden y no se les ha obligado a efectuar cotización adicional alguna.

5. COMENTARIOS A LA LEGISLACION PRESENTADA

5.1. Antes de comentar propiamente la legislación en estudio interesante nos parece exponer, aunque sea brevemente, parte de la historia fidedigna de su establecimiento. El proyecto de ley se presentó por el Gobierno a la Cámara de Diputados el 14 de enero de 1992, siendo el proyecto aprobado por unanimidad, tanto en general como en particular. Dos años más tarde, el 7 de junio de 1994 llega al Senado y es remitido a la Comisión de Trabajo y Previsión Social, la cual procedió a escuchar opiniones de diversas organizaciones. El Ejecutivo constató en ese entonces que el trabajo de la Comisión se encontraba dividido en dos partes: una, referente al tratamiento del tema en relación al Antiguo Sistema, el cual no presentaba discusión y contaba con el apoyo de los Senadores de todos los sectores y la segunda, en relación a la normativa que se aplicaría a los imponentes del Nuevo Régimen de Pensiones, tema en el que se observaban mayores dudas y que hacía pensar en un debate más complejo y extenso. Frente a tal situación el Ejecutivo optó por presentar una indicación retirando las disposiciones relativas al nuevo régimen de pensiones, para permitir así, el rápido despacho de la normativa que permitiría la jubilación anticipada a los trabajadores afiliados a las Cajas Tradicionales. La segunda parte del proyecto -relativa al nuevo sistema- sería abordada posteriormente por el Ejecutivo, conjuntamente con un proyecto modificatorio de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Así las cosas, la Cámara de Diputados, sin embargo, nuevamente

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por unanimidad repuso la norma que el ejecutivo había retirado, procediéndose entonces a la formación de una Comisión Mixta, integrada como manda nuestra Constitución, por igual número de Diputados y Senadores.

El 1 de agosto de 1995 se sometió a la aprobación del Senado el informe de la Comisión Mixta, en donde es aprobado, no obstante los reparos de algunos Senadores en el sentido de no haber tenido ocasión de discutir más profundamente el problema en relación al Nuevo Sistema. Se estimó improcedente del punto de vista formal, la aprobación parcial del informe.

5.2. Nos merece especial reflexión el financiamiento del mecanismo que se ha creado, el cual implica nuevamente insistir en un punto básico: el Sistema Privado de Pensiones es un sistema basado en la acumulación de capitales, en el cual resulta prácticamente imposible introducir elementos diferenciadores en los requisitos para acceder a los beneficios, que no impliquen aumentar el esfuerzo impositivo de los propios futuros beneficiados o, como ocurre en el caso, de sus empleadores.

Tal vez ésta resulte ser la fórmula política más factible o viable en la actualidad, sin embargo parece alejarse peligrosamente de toda noción de justicia social. No nos resulta aceptable el castigar al trabajador que para obtener su remuneración debe efectuar un esfuerzo adicional al que realizan la mayoría de sus congéneres, obligándolo a efectuar una cotización adicional que, en muchas ocasiones, significará una merma considerable de sus ingresos. Debemos tener presente que muchas veces las personas que están en este caso son las más mal remuneradas, por lo cual cualquier porcentaje de descuento significa un peso difícil de afrontar. Ahora bien, aunque no fuese éste el caso, y nos encontráramos frente a personas de ingresos más considerables, de todas formas no parece justo que deba afrontar por sí solo el mayor costo que implica lograr una uniformidad, cual es, gozar de un derecho a pensión en las mismas condiciones fisiológicas que los demás trabajadores. No olvidemos que se ha partido de una premisa básica: algunas personas envejecen antes, producto del trabajo que han desempeñado durante todo o parte de su vida activa. La situación se torna más injusta aún, si consideramos que del trabajo de esa persona se ha beneficiado toda la sociedad, porque obviamente alguien debe efectuar este tipo de faenas.

No obstante lo anterior, en el informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado[6], se señaló que tal cotización debe pagarla el empleador, pues en definitiva es la empresa la que proporciona el trabajo pesado y, en consecuencia, debe hacer gastos de inversión tendientes a evitar que el trabajo tenga ese carácter. El incentivo es que el empresario para evitar una sobrecotización haga los empeños necesarios para que los puestos de trabajo dejen de tener el carácter de penosos o pesados. En definitiva, se quiso asimilar la situación a la de la Ley 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. No

[6] Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 33ª, 10 enero 1995, p. 3.672.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puede obviarse al respecto el hecho ya irrebatible del traspaso del esfuerzo previsional del sector empresarial a otros sectores. En la práctica puede significar entonces que la cotización del trabajador no será sólo del 2%, sino que, seguramente, del 4%.

Se justificó, asimismo, la sobrecotización del trabajador, por un lado, como un estímulo para rechazar las labores que revistan tal carácter y, por el otro, para que cuando, por fin lo pierdan y se transformen en faenas comunes, vea aumentada su remuneración líquida.

Las intenciones esbozadas parecen loables, sin embargo escapan a nuestra realidad. Es del caso recordar que en legislaciones de países más desarrollados que el nuestro, también están presentes estas labores. Así, en la Ley alemana de Reformas de Pensiones de 1992, se reconoce a los mineros empleados en trabajos subterráneos el derecho a pensionarse a los 60 años -5 antes de cumplir la edad común- siempre que cumplan con 25 años de calificación. Es de cargo del Gobierno Federal la diferencia que se pueda originar por este motivo, entre los ingresos y los gastos[7].

A su vez, la Ley española de 1995 establece como edad para pensionarse los 65 años, más 15 de cotizaciones, la cual se puede rebajar por Real Decreto en aquellos grupos cuyos trabajos son de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividades que establezca el respectivo Decreto. El financiamiento y cotizaciones se analizará y establecerá en cada caso[8].

En las Reformas Previsionales Chinas de 1993, se estableció una edad diferenciada para jubilar de 65 años los varones y 55 las mujeres, pudiéndose rebajar hasta 5 años cuando la faena implica algún riesgo a la salud, como lo son los trabajos en altura, en profundidad o a temperaturas elevadas[9].

Lo anterior demuestra que el problema en estudio no es patrimonio nacional y ha sido motivo de preocupación en los más diversos sectores internacionales y nos parece que escapa a toda realidad el querer eliminarlos a través de la reglamentación legal.

Lo propio ha ocurrido en el ámbito de los organismos internacionales especializados en la materia. La OIT tratándose de la edad para pensionarse por vejez ha establecido que ésta no debe exceder de 65 años, pero debe reducirse para las personas que hayan estado trabajando en labores consideradas por la legislación nacional como penosas e insalubres a los efectos de la prestación de vejez[10]. Igualmente, en relación a las labores conocidas como de gente de mar ha

[7] En *Documentos de Derecho Social de la OIT* 1992, Nº 1, pp. 18 y 59.

[8] En *Documentos de Derecho Social de la OIT*, 1995 Nº 1, p. 45.

[9] En *Revista Internacional de Seguridad Social*. Asociación Interamericana de Seguridad Social. Vol 47, 2/94, p. 93.

[10] Art. 15 del Convenio Nº 128 relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acordado edades de jubilación más bajas, en atención precisamente al mayor desgaste que ellas implican[11].

La Conferencia Interamericana de Seguridad Social, en su Resolución Nº 48, adoptada en su Quinta Conferencia, celebrada en Caracas en 1955, recomienda que cuando la situación especial de una categoría de trabajadores justifique condiciones más benignas para el derecho a las prestaciones, que las exigidas por el régimen general -por ejemplo, los trabajadores en empleos penosos, difíciles o notoriamente insalubres-, la protección básica asegurada en el régimen general podría mejorarse con un régimen complementario particular para dicha categoría, financiado separadamente del régimen general.

Por otra parte, el mecanismo implica utilizar las mismas fórmulas creadas por el D.L. 3.500, es decir, acumular una mayor cantidad en la cuenta del afiliado para así poder financiar antes una pensión de jubilación y poder pensionarse en virtud de lo dispuesto en el art. 68, ya citado. Fue la Superintendencia de Administradoras de Pensiones el organismo encargado de efectuar los estudios técnicos financieros tendientes a estimar la cantidad de recursos que es menester acopiar en la cuenta de capitalización del trabajador para efectos de producir una anticipación de la edad de dos años por cada cinco en el caso de trabajos que implican un mayor esfuerzo, como lo sería el caso de la minería y fundiciones y de un año por cada cinco en las demás situaciones de faenas penosas o pesadas. Se estimó que con una sobrecotización de un 4% en el primer caso y de un 2% en el segundo más una rentabilidad razonable esperada de un 6%, sería posible lograr tal anticipación. El problema podría presentarse con trabajadores de remuneraciones muy bajas que, no obstante sobrecotizar ellos y sus empleadores, podrían verse imposibilitados de cumplir los mínimos exigidos en el art. 68 y, por lo tanto, impedidos de pensionarse antes de la edad legal. Frente a esta situación se introdujo un art. 68 bis al D.L. 3.500, en virtud del cual estos trabajadores pueden igualmente optar a pensionarse antes, rebajando las edades en la forma mencionada, sin necesidad de cumplir con los requisitos indicados en el art. 68.

Nos parece que si bien esta norma soluciona el problema del punto de vista práctico, no lo hace en la realidad, pues nos vamos a encontrar con trabajadores jubilados con pensiones bajísimas. Pensemos que si no cumple el requisito de obtener el 50% de su remuneración y ésta estaba cercana al Ingreso Mínimo, perfectamente podríamos tener a un trabajador con una pensión inferior a los 35 mil pesos mensuales que escasamente podrá subsistir, por lo tanto, no le quedará otro camino que optar a la pensión mínima garantizada por el Estado -si es que reúnen los requisitos para ello[12] o, en el caso contrario, conformarse con se-

[11] El Convenio 71, relativo a las pensiones de gente de mar, 1962, dispone en su art. 3, que a estos trabajadores deben pagárseles sus pensiones al llegar a la edad de 55 ó 60 años.

[12] De acuerdo al art. 75 del D.L. 3.500, tienen derecho a la pensión mínima de vejez, garantizada por el Estado, el afiliado hombre que tenga sesenta y cinco o más años de edad y la mujer que tenga 60 o más años de edad y que registren, además, veinte años, a lo menos, de cotizaciones o servicios computables en cualquiera de los sistemas previsionales y de acuerdo al régimen que corresponda.

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

guir trabajando y cotizando para optar a una pensión de monto adecuado, con lo cual todo buen espíritu de la ley se verá seriamente vulnerado, pues habrá beneficiado tal vez a trabajadores con remuneraciones más altas, pero no a los más necesitados.

Creemos que otras posibilidades podrían haberse planteado. ¿Por qué dejar fuera de este mayor esfuerzo a toda la sociedad, representada en esto por el Estado? e incluso, ¿por qué los demás trabajadores -los que tenemos la fortuna de no envejecer prematuramente por causa de nuestras faenas- debemos observar pacíficamente cómo los demás efectúan un esfuerzo adicional para lograr lo mismo que nosotros? Creemos que el peso del financiamiento debió repartirse entre todos y no dejarse entregado sólo a los trabajadores afectados, pues como ya se sabe, los aportes patronales siempre terminan traspasándose a otros sectores, concretamente a los mismos trabajadores. Lo anterior no implica negarse a las bondades de la capitalización, pues ella no dice relación sólo con un sistema unipartito de financiamiento, sino que es perfectamente aplicable en el sistema bipartito e incluso en el tripartito.

Después de leer y analizar los mecanismos creados por esta legislación nos convencemos cada vez más de que el punto merece mayor discusión. Cierto es que la solución al problema es de primera necesidad, tanto para los trabajadores del Régimen Antiguo o Tradicional, como para los trabajadores del Nuevo Sistema, sin embargo, tal realidad no debe conducirnos a buscar rápidos resultados -que incluso en el tiempo no lo son tanto, pues el proyecto estuvo en el Congreso más de 3 años- obviando la adecuada y profunda discusión que el tema y toda la sociedad merece.

No parece haber dudas respecto de las soluciones al Régimen Tradicional, pues se ha ganado en uniformidad y claridad en cuanto a la calificación de una faena como pesada, sin haber innovado en materia de financiamiento, es decir, los trabajadores afectados, imponentes a cualquier Caja del Sistema Antiguo, podrán ver realizado su anhelo de jubilar anticipadamente, sin aumentar su esfuerzo impositivo. Sin embargo, para lograr tal justicia debió, por motivos formales, sacrificarse un debate profundo sobre la situación de los trabajadores afiliados a las AFP, aprobándose la primera fórmula propuesta, la cual le mereció serias dudas al propio Gobierno, a tal extremo que en algún momento solicitó retirar el proyecto en esa parte, para legislar posteriormente, en conjunto con una modificación a la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, la cual se basa en principios diferentes y se sujeta a una forma de financiamiento completamente distinta a la presentada por el proyecto. De haberse adoptado esta fórmula, se ponía en peligro la aprobación de la ley que beneficiaba a los trabajadores del Sistema Antiguo, a los cuales no se les podía seguir haciendo esperar. No obstante compartir esta última afirmación, no nos parece suficiente justificación para aprobar una fórmula de carácter permanente, como lo es la que se introduce en el Sistema Privado de Pensiones, que mereció siempre reparos y que, insistimos, no fue objeto de una acabada discusión en el Senado.

Creemos que las deficiencias que se encuentran en la Ley 19.404 se deben en gran medida a estos serios problemas formales. Se quiso beneficiar a un

Artículo: Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sector, con una solución completamente justa y que sin duda compartimos, pero debiendo para ello legislarse tal vez apresuradamente respecto del otro.

Posiblemente producto de ello, la Ley presenta algunos otros problemas originados en su redacción, como por ejemplo en el inciso 1° del nuevo art. 17 bis que indica que "los afiliados que *desempeñen* trabajos pesados deberán efectuar las cotizaciones adicionales que luego se indican. A su vez, el inciso 2° de la misma disposición señala que los empleadores *que contraten* trabajadores para desempeñar trabajos pesados deberán realizar ciertas cotizaciones. La redacción origina algunas dudas: está claro que todos los trabajadores que realicen esas faenas deben efectuar la sobrecotización, ya sea que hayan sido contratados antes o después de la vigencia de la ley. Por el contrario, tratándose de los empleadores, la redacción parece indicar que sólo estarán obligados a sobrecotizar cuando contraten en el futuro a trabajadores para desempeñar faenas que ya han sido catalogadas como pesadas. No creemos que esa pueda ser la intención del legislador, sin embargo, el punto no se discutió, por lo cual podríamos perfectamente encontrarnos con la situación de trabajadores que deberán sobrecotizar y no así sus empleadores, desvirtuándose el esquema de esta nueva legislación.

Circunstancias como las anteriores no deberían presentarse en materias de tanta relevancia social como lo es la posibilidad de pensionarse antes del cumplimiento formal de la edad legal. Creemos que tal vez es mejor saber que el problema existe y no disfrazarlo a través de una mala solución. A pesar de todo lo dicho estimamos que se han producido avances en la materia: la calificación de una labor como pesada o penosa queda entregada a una comisión, independiente de todo organismo previsional, conformada por especialistas y se efectuará en forma clara y exenta de mayores complejidades, lo que asegura el acceso a todos los trabajadores, con posibilidades concretas de apelación. Igualmente, se ha modernizado la idea misma de faena pesada, para cuya conceptualización deben tenerse presente no sólo factores físicos, sino además síquicos, ocupacionales y ambientales. Podemos concluir igualmente que, una vez más, se ha ganado en uniformidad.