

Nº 211
Año LXX
Enero-Junio 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

A UN AÑO DE SU VIGENCIA, ALGUNOS TOPICOS DE INTERES DEL SEGURO DE DESEMPLEO

PABLO ARELLANO ORTIZ

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

1. NOCIONES GENERALES

El 14 de mayo de 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.728 que establece un seguro de desempleo, objeto del presente estudio. Este nuevo sistema de protección del desempleo combina dos elementos a primera vista contrapuestos, pero que en definitiva no lo son, a saber:

1° Un ahorro obligatorio, sobre la base de Cuentas Individuales por Cesantía, con,

2° La creación de un Fondo de Cesantía Solidario, que opera como un Fondo de Reparto.

El desempleo ha sido protegido a través del tiempo por medio de diversas figuras. Pero con ésta se protege al desempleo de una manera diferente a las conocidas antes en nuestro país, tal como se venía haciendo con el Subsidio de Cesantía. Se trata de una nueva institución dentro de nuestro sistema de Seguridad Social que conllevara en un futuro cercano a la disminución de la cesantía, ya que conlleva la reinserción del trabajador desempleado en labores acordes a sus calificaciones y la capacitación del mismo.

Sin duda la creación de este sistema de protección al empleo implica un paso muy importante para nuestra legislación, con el cual se cumple con el compromiso internacional de proteger este estado de necesidad¹.

¹ En la 35ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el año 1952, se adoptó el Convenio 102 o de norma mínima, llamado así porque exige a los países miembros, dentro de los cuales está Chile, el cubrir un mínimo de riesgos a su población. Estos riesgos a proteger son: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales.

Este trabajo intenta dilucidar diversos aspectos relacionados con el sistema que se crea que a nuestro juicio merecen una especial atención, tanto en el ámbito doctrinario como práctico. No es la intención resaltar todos aquellos puntos de interés sino sólo aquellos que hemos considerado de importancia en una primera etapa de implementación.

1.1. El desempleo

Sin duda, al partir el análisis de algún objeto en cualquier área, lo primero que debemos hacer es establecer las bases sobre las cuales versará el análisis. Así, en este caso un presupuesto básico es el determinar qué es lo que vamos a entender por desempleo.

El desempleo o cesantía, como preocupación del Estado ha sido desarrollado principalmente en países europeos a través de complejos sistemas que lo protegen y que facilitan la subsistencia del trabajador cesante.

En un sentido amplio el desempleo, como lo señala Patricio Novoa, "debe entenderse como la situación de quien ha tenido la intención de trabajar y no puede ejercitarla por carecer de un trabajo"².

Según Fernández Pastorino, "consiste en estar involuntariamente sin trabajo, sin ser responsable de tal circunstancia, encontrándose plenamente capacitado para hacerlo, sin encontrar la ocupación que busca"³.

Según el Diccionario de la Real Academia Española el desempleo consiste en "paro forzoso"⁴, y el desempleado es entonces aquel que forzosamente se encuentra sin trabajo. A su vez define este texto a la cesantía (debido a que comúnmente se confunden ambos términos) como "estado de cesante", y cesante como "3. Dicho de una persona: que ha quedado sin trabajo"⁵. Las diferencias entre ambos términos son grandes, por un lado el desempleo dice relación con quien le es imposible trabajar y por el otro, la cesantía, aquel que estaba trabajando y deja de hacerlo por múltiples motivos.

Para nuestros efectos consideraremos ambos términos como sinónimos, dejando en claro eso sí que el desempleo o cesantía consiste, en definitiva, "en la situación, generalmente involuntaria, por la cual una persona se ve impedida de trabajar, teniendo eso sí capacidad para hacerlo".

² Novoa, Patricio, *Derecho de Seguridad Social*, Ed. Jurídica de Chile, 1977.

³ Fernández Pastorino, ob. cit., pp. 124-125.

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2001, España, p. 526.

⁵ Real Academia Española, ob. cit., p. 345.

1.2. Seguro de desempleo

Una vez establecido qué es el desempleo, debemos analizar qué es un seguro de desempleo. Al mirar el sistema que se crea, la ley no contiene una definición de seguro de desempleo sino que en su artículo 1 se limita a señalar “establécese un seguro obligatorio de cesantía”, llegando a utilizar indistintamente los términos desempleo y cesantía.

Este vacío terminológico conlleva una serie de dificultades para poder comprender en qué consiste realmente el sistema que se implanta. Así durante la tramitación de la ley en el Congreso se emitieron opiniones con respecto a lo que se entiende por seguro de desempleo, algunas totalmente erradas, llegando a confundir términos económicos con otros de seguridad social. Como por ejemplo el diputado Bertolino señaló: “Tengo mis reparos en cuanto al nombre de ‘seguro’, porque, en mi concepto, significa obtener una cantidad de dinero sobre la base del pago de una póliza”⁶. El senador Larraín, por su parte, “...desde un punto de vista técnico, no estamos hablando realmente de un seguro de desempleo, ya que no existe un pago por transferencia de riesgo” ... “Estamos frente a un sistema de cotizaciones para ahorro que será utilizado en caso de desempleo, y en el que además del aporte del empresario y el trabajador, hay una contribución estatal”⁷. El senador Horvath: “Tampoco es un seguro, sino que más bien constituye un ahorro. Y por la vía del seguro, si uno considera las transferencias de riesgos, esto se podría corregir tal vez mediante una fórmula más adecuada”⁸. En estos casos se confunde claramente el sentido comercialista de la palabra seguro con la finalidad que un seguro de desempleo persigue. En este caso no hay una transferencia de un riesgo a cambio del pago de una prima.

Para poder comprender qué es un seguro de desempleo, o cesantía, debemos en primer lugar determinar qué entendemos por desempleo o cesantía. Si bien ambos términos no son sinónimos, nuestra legislación los ocupa en forma indiferente para referirse a la misma situación.

¿Pero qué es desempleo o cesantía? Para llegar a un concepto revisemos lo que al respecto se dijo en el Congreso. El senador Moreno nos hace ver la diferencia

⁶ Cámara de Diputados, Legislatura 341ª, Extraordinaria, Sesión 54ª, miércoles 17 de mayo de 2000, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, p. 22.

⁷ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 1010.

⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 1009.

conceptual de los términos desempleo y cesantía, que, según él, “en el lenguaje chileno tienen una connotación distinta. El desempleado es una persona que normalmente estaba catalogada bajo el término ‘de cuello y corbata’, o sea, un empresario, un administrador, un gerente. El cesante, en la terminología criolla, es un trabajador, el cual obviamente quedó sin trabajo, hecho al que está expuesto varias veces en su vida. El desempleado normalmente queda en tal condición una vez en la vida.

“Llamo la atención sobre este aspecto, porque de la lectura de ambos informes me doy cuenta que se han cambiado las terminologías sin haber resuelto hacia adonde apuntaba el fondo del tema.

“Sin embargo, me quedo con la aceptación más amplia del concepto; vale decir, la creación de un colchón de seguridad de un máximo de cinco meses, en una etapa decreciente, para quien pierde su trabajo, sea ‘de cuello y corbata’ o un trabajador manual”⁹.

Por otro lado, el senador don José Ruiz nos da un concepto que engloba ambas situaciones, así, “el desempleo es un estado de necesidad que se ha considerado y que debe estimarse protegido por la seguridad social, por lo que será pertinente evaluar la normativa propuesta a la luz de los principios rectores de dicha disciplina”¹⁰. Concepto no muy claro, pero que sin embargo debemos tomarlo en cuenta para luego dilucidar la naturaleza jurídica de éste, cuestión que no es de menor importancia.

Finalmente podemos mencionar el Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, de la Cámara de Diputados, en que encontramos una definición según la cual “el desempleo, en términos generales, puede ser descrito como la situación de quien teniendo la intención de trabajar, no puede ejercerla por carecer de un trabajo”¹¹.

En definitiva, nos damos cuenta que al momento de definir lo que es desempleo los criterios son bastante disímiles. Para nuestros efectos lo entenderemos como “la situación, generalmente involuntaria, por la cual una persona se ve impedida de trabajar, teniendo capacidad para hacerlo”.

Una vez determinado lo que entendemos por desempleo, debemos ahora dilucidar lo que el seguro quiere proteger, o cuáles son las prestaciones mínimas

⁹ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 1008.

¹⁰ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 986.

¹¹ Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, recaído en el proyecto de ley que establece un seguro de cesantía, Boletín N° 2.494:13-1.

que se deben otorgar. El diputado Jaramillo, al referirse a la finalidad del sistema, nos dice que es para “establecer un mecanismo que permita a los trabajadores que han perdido su empleo por cualquier causa, por hechos imputables a ello o por decisión patronal, contar con los medios materiales mínimos para sostenerse él y a su familia, mientras se encuentre desempleado”¹². Por otro lado, el senador Silva nos señala: “El seguro de desempleo responde a la idea de proteger al trabajador cuando enfrenta la cesantía, así como persigue apoyar sus esfuerzos de búsqueda de un nuevo empleo y reinserción productiva”¹³.

Ya resuelto lo anterior, estamos en condiciones de señalar que un seguro de desempleo o cesantía es un sistema de protección social, que tiene por finalidad otorgar una serie de prestaciones económicas y asistenciales al desempleado o cesante mientras su estado de necesidad exista. La concepción anterior no deja de ser aún para nosotros un ideal, puesto que en la realidad el sistema que se incorpora establece límites al otorgamiento de los beneficios contemplados. Además, debemos señalar que el término seguro utilizado no corresponde estrictamente a la concepción comercialista de la expresión, sino que se toma en otro sentido, porque no hay una transferencia del riesgo a cambio del pago de una prima, sino que constituye una prestación otorgada por instituciones de seguridad social con el fin de cubrir un estado de necesidad que es la cesantía.

A modo meramente ilustrativo señalaremos que en todo seguro de desempleo se pueden distinguir los siguientes elementos comunes:

1. Personas protegidas.
2. Causales para optar a beneficios.
3. El monto de las prestaciones otorgadas.
4. Duración de los beneficios.
5. Financiamiento del seguro.
6. Administración del seguro.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL SEGURO DE DESEMPLEO

El determinar cuál es la naturaleza jurídica de las instituciones de un ordenamiento jurídico nunca ha sido fácil de resolver y tampoco lo es en este

¹² Cámara de Diputados, Legislatura 341ª, Extraordinaria, Sesión 54ª, miércoles 17 de mayo de 2000, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, p. 24.

¹³ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 989.

caso. Latamente se ha discutido en la doctrina nacional las diferencias entre la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo, uno de los autores más destacados en la materia de nuestro país, Héctor Humeres, analiza el problema de la siguiente manera: "La circunstancia de que naciera (la Seguridad Social) como una consecuencia del Derecho del Trabajo, produjo como conclusión que se la considerase parte integrante del mismo, hecho reforzado por la concepción jurídica de estimar que las cotizaciones no eran sino salario diferido que se cancelaba mediante las prestaciones consiguientes.

"Esta posición doctrinaria aún es sustentada hoy en día por parte considerable de los tratadistas; pero otro sector no menos importante considera que son derechos complementarios, pero no uno solo. Estos últimos se fundamentan principalmente en el hecho de que la Seguridad Social se rige por normas de Derecho Público y como tales quedan al margen de la relación laboral. Esta posición ha ido ganando paulatinamente terreno y podríamos señalar, con cierta seguridad, que es la posición predominante hoy en día.

"En lo tocante a la naturaleza jurídica, valga reiterar a su respecto lo ya señalado en cuanto a las diversas posiciones doctrinarias comentadas en relación al carácter del Derecho del Trabajo, concluyéndose de igual manera que estaríamos ante la presencia de un derecho autónomo, con elementos de Derecho Privado y de Derecho Público; esta posición es por lo demás congruente con lo que hoy en día es nuestra legislación positiva"¹⁴.

Una primera posición que se puede tomar respecto a esta institución dice relación con que ésta pertenece a la Seguridad Social, lo cual podemos señalarlo por el hecho del estado de necesidad, la cesantía, que se pretende cubrir.

Pero la forma que nuestro legislador ha encontrado para instaurar este sistema nos trae dudas si realmente pertenece a la Seguridad Social. En este sentido podemos mencionar el artículo 54 de la ley, el cual dispone que las prestaciones de cargo de los empleadores a favor de los trabajadores afiliados al seguro tienen la calidad jurídica de indemnización por años de servicios, para todos los efectos legales, y que además gozan del privilegio establecido en el N° 8 del artículo 2472 del Código Civil¹⁵, lo que nos lleva a concluir que las prestaciones de este

¹⁴ Humeres, Héctor, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Jurídica de Chile, 1997, pp. 506-507.

¹⁵ Código Civil, art. 2472: "La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran: N° 8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les corresponde a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas".

sistema pertenecen al ámbito del Derecho Laboral, acarreado la aplicación de sus principios orientadores.

A nuestro entender, no podemos encasillar el sistema que se implanta en una u otra rama de nuestro ordenamiento jurídico. Lo que nuestro legislador ha creado es sin duda alguna un híbrido de ambas ramas. Posee características indiscutibles de la Seguridad Social, como los fondos de reparto y de capitalización, entre otras; y, por otro lado, también del Derecho Laboral posee elementos como lo es el sistema de imputación a la indemnización por años de servicio.

Pero si bien podemos afirmar que es una mezcla, ¿qué sucederá en tribunales al momento de tener que discutir sobre esta ley? ¿Qué principios aplicarán en un caso de despido injustificado en que se deban cotizaciones de esta ley? Si bien esta última pregunta tiene su respuesta en la ley, el empleador será obligado a pagar las prestaciones de esta normativa. Pero, ¿qué ocurrirá si este empleador quisiese discutir en tribunales la aplicación de esta sanción? ¿Qué principios aplicará: los de Seguridad Social o los de Derecho Laboral? No podemos más que confiar en que los tribunales, así como lo hace el legislador, procedan a aplicar los principios de ambas ramas del derecho, tomando en consideración que lo que se pretenda aplicar pertenezca a una u otra rama.

2.1. Importancia de la aplicación de principios

Los principios del derecho, entendidos como líneas directrices que informan algunas normas e inspiran la legislación, son particularmente importantes en materia de Derecho del Trabajo debido al "carácter fragmentario y tendencia a lo concreto"¹⁶, por lo que los principios constituyen una parte fundamental de esta rama del derecho. Además, debemos señalar que no cabe contradicción entre los principios y las normas establecidas por el legislador.

Los principios como líneas directrices de cada rama del ordenamiento jurídico han de cumplir diversas funciones, y la doctrina ha distinguido principalmente entre las siguientes:

Función informadora: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.

Función normativa: actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de ley. Son medios de integrar el derecho.

¹⁶ Pla Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, Ed. Idea, Montevideo, 2000, p. 34.

Función interpretadora: operan como criterio orientador del juez o del intérprete¹⁷.

Así expuestas las cosas es que no podemos dejar de lado la importancia de saber cuál es el principio orientador de cada rama del derecho. Según las funciones señaladas, podemos considerarlas como normas en el caso que existan vacíos, cumpliendo una función integradora, y también nos servirán para interpretar tanto por tribunales como por el intérprete común, qué es lo querido por el legislador.

Entonces, determinar a qué rama del derecho y cuáles son sus principios aplicables no es un problema menor. Más aún, cuando el legislador incurre en imprecisiones y llegamos a obtener una institución que conjuga elementos de dos ramas de derecho. Así, como ya concluíamos, serán aplicables los principios de la Seguridad Social y del Derecho del Trabajo, pero debemos añadir que si bien se emplean ambos, éstos deberán ser aplicables en la medida que la norma a interpretar pertenezca a su ámbito de aplicación.

3. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

Siguiendo esta línea de análisis, cabe hacer presente que se compatibiliza el seguro con la indemnización por años de servicio, creando un sistema de imputación consistente en considerar el aporte que el empleador entera al seguro como parte de la indemnización por años de servicio que le corresponde al trabajador, prevista en el Código del Trabajo. Así el empleador imputa las cotizaciones efectuadas por él mensualmente al seguro, más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan. Esto fue producto de una gran discusión parlamentaria, donde se analizaron las dificultades que enfrentan los trabajadores para hacer efectiva su indemnización por años de servicio, la que en los hechos no es pagada en los montos y tiempos en que debería hacerse, obligando a los trabajadores despedidos a recurrir a tribunales para obtener el pago de una suma que por derecho les pertenece. El sistema que se crea asegura a los trabajadores el pago de esta suma en forma oportuna, ya que obliga al empleador a aprovisionar los fondos correspondientes.

Para asegurar el cumplimiento por parte del empleador de la normativa, la ley se remite a las disposiciones generales de cobro de cotizaciones previsionales

¹⁷ Pla Rodríguez, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 11.

establecidas en la Ley 17.322, haciendo al mismo tiempo una remisión a la Ley N° 19.361, según lo señala el artículo 11. Creemos firmemente que se cometió un error de copia al publicar la ley y la intención no fue referirse a la Ley 19.361 sino que a la 19.631, más conocida como Ley Bustos, esto porque la ley ya señalada no dice relación alguna con materias de Derecho Laboral o Seguridad Social. Debemos confiar en que los tribunales entenderán así este error de copia, de lo contrario esto podría ocasionar casos de despidos en que las cotizaciones del seguro no estén pagadas y este despido será válido, situación que vulnera el espíritu de la Ley Bustos.

Otra forma de asegurar que el empleador cumpla con el nuevo régimen que se establece, opera cuando un trabajador obtiene que el tribunal declare que su despido ha sido injustificado, indebido o improcedente, el cual ordenará a su vez que el empleador pague la indemnización por años de servicios, y en tal caso no cabe la posibilidad de imputación, sanción grave si consideramos que muchas veces las cartas de despido que se entregan a los trabajadores no cumplen los requisitos legales, dando lugar al reclamo por parte de éstos. Los empleadores se ven ahora enfrentados a que si quieren despedir a uno de sus trabajadores tendrán que ajustarse estrictamente a la normativa laboral, de lo contrario no podrán utilizar al momento de despedir los fondos que aprovisionaban en forma mensual, al pagar las cotizaciones del seguro.

4. ADMINISTRADOR DEL SEGURO

A continuación procederemos a exponer los principales planteamientos que se emitieron, en ambas cámaras del Congreso, con respecto a la implementación de un órgano único de administración de estos fondos. Primero mencionaremos algunas intervenciones aisladas en la Cámara Baja, para luego pasar al Senado donde se produjo un debate más intenso al respecto.

Desde un principio al Gobierno le interesó que el operador del sistema fuese uno solo, y para defender su posición argumentó principalmente los bajos costos que esto conllevaría. "En relación con la administración de estos recursos, aspecto que ha sido mencionado, debo señalar que lo que nos importa básicamente no es que el ente administrador sea público o privado, sino que entregue sus servicios al menor costo posible y garantice una rentabilidad al Fondo, que va ha tener mayor exigencia de liquidez que los de las AFP, de las cajas y de las mutuales"¹⁸.

¹⁸ Cámara de Diputados, Legislatura 341ª, Extraordinaria, Sesión 54ª, miércoles 17 de mayo de 2000, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, p. 35.

También debemos señalar que desde el comienzo de la tramitación de la ley existió una fuerte oposición hacia un operador único y además contra las AFP. "Asimismo tenemos observaciones sobre el monooperador. No queremos que sean las AFP, no por desconfianza hacia el sector privado, sino porque en la licitación, quienes estén en mejores condiciones de recibir los 450 millones de pesos anuales con que contará de manera progresiva el sistema van a hacer la mejor oferta. Es necesario introducir importantes modificaciones al sistema previsional de las AFP antes de otorgarles mayores condiciones"¹⁹. Palabras del diputado Navarro.

Con relación a las AFP, se produjo un rechazo a que tuviesen algún grado de intervención en el nuevo sistema a implementarse, pero en definitiva en el segundo informe en la Cámara de Diputados consta que se rechazó una indicación para eliminar a las AFP del sistema.

Una vez que el proyecto entró al Senado la discusión tomó otros matices, planteándose diversas alternativas para la administración, que resaltaremos en su oportunidad.

El senador Gazmuri grafica el planteamiento del Gobierno al respecto de la siguiente forma: "El proyecto recoge la experiencia vivida por el país en los últimos años al establecer la idea de un operador único del fondo, porque eso va a significar disminución de costos. En la medida en que su administración sea licitada con amplitud a todos los agentes existentes en el mercado, se consagra además el criterio de una sana competencia, todo lo cual redundará en un sistema que, espero, se caracterice por sus bajos costos de administración, en contraste con los altísimos que deben soportar los trabajadores afiliados a las AFP"²⁰. En este mismo sentido el ministro del Trabajo y Previsión Social Ricardo Solari, ahora con relación a los bajos costos: "Pensamos que aquello puede conseguirse mediante un procedimiento de competencia que, en forma clara y definitiva, garantice un bajo costo de administración antes de la entrada en funcionamiento del sistema: Licitación pública, sobre la base de que la administración del seguro de cesantía será adjudicada a quien ofrezca el menor costo para los afiliados.

"La idea es no repetir la experiencia de las AFP y otras instituciones de seguridad social, donde la lucha por captar afiliados genera altos costos. Y el problema tiene mayor gravedad en el caso del seguro de cesantía, porque la

¹⁹ Cámara de Diputados, Legislatura 341ª, Extraordinaria, Sesión 54ª, miércoles 17 de mayo de 2000, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, p. 40.

²⁰ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 1004.

cotización no alcanzará a 10 por ciento, como en el caso de la previsión, sino sólo a 2.2 por ciento. De modo que para nosotros es sobremanera relevante lo atinente al costo.

“...No se excluye de la administración del sistema a ninguno de los actuales operadores, tanto de cuentas individuales como de fondos”²¹.

El senador Foxley nos recuerda con relación al Protac²² que “durante la larga discusión del mismo, se pidieron varios informes al Ministerio de Hacienda, el que, a su vez, los solicitó a los eventuales operadores del sistema: AFP, compañías de seguros, incluso al INP y otros, para hacer una buena estimación de los costos. En todos los casos, si no había un elemento de escala a favor, es decir, si no se podía operar con una gran masa de contribuyentes al sistema, los costos no compensaban el esfuerzo de ahorro que harían los trabajadores en su libreta de capitalización para el seguro de desempleo. Y después de ese largo proceso de elaboración, con datos en la mano, llegamos a la conclusión –que me pareció unánime en esa oportunidad– de que era indispensable operar con un solo operador por la vía de la licitación”²³.

De esta forma existió un grupo de senadores que apoyaron al gobierno que veían al monooperador como la mejor forma de administración por los bajos costos que ello implica y que éstos serían garantizados por una licitación pública.

En cuanto a la participación en esta licitación de entidades públicas y privadas, el senador Diez hizo ver que “en materia de licitación el proyecto se refiere ‘a entidades bancarias fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras’. Luego, la ley autoriza la participación del Banco del Estado”²⁴, lo que fue negado por el señor ministro, pero aclarado en el sentido de que la sociedad administradora una vez constituida puede externalizar los servicios en entidades de otra naturaleza.

²¹ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3463.

²² Nombre con que fue conocido el Proyecto de Ley denominado “Sistema de Protección al Trabajador Cesante”, de 1997, cuya intención era entregar un beneficio a los trabajadores que les permitiera mantenerse mientras encuentra un nuevo empleo, financiado en forma bipartita (3,5 por parte del empleador y 0,8 del trabajador), siendo una de sus principales características el ser un beneficio para todo evento. Dicho proyecto fue objeto de múltiples críticas por todos los sectores que se veían afectados por él, ante lo cual el ejecutivo, luego de una larga tramitación en el Congreso, retiró el proyecto.

²³ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, pp. 3475-3476.

²⁴ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3468.

Alternativas de administración fueron planteadas en diversos sentidos. Así, la senadora Matthei se opuso al sistema que finalmente se consagró, proponiendo que éste fuese entregado a las AFP, como se hizo con las trabajadoras de casa particular en que se abrió una cuenta especial para ellas. Según ella: "La mejor opción es que las propias AFP donde están afiliados los trabajadores abran una cuenta aparte o subcuenta para registrar su seguro de cesantía"²⁵.

No deja de llamar la atención lo señalado por el senador Lavandero: "Algunos de nosotros fuimos partidarios de que la administración del seguro de cesantía se entregara al Instituto de Normalización Previsional"²⁶. El haberle entregado la administración a dicha institución no hubiese acarreado costos de licitación, ni de creación de una institución nueva, y hubiere tenido la ventaja de ser una entidad fiscal que administrara los fondos fiscales aportados, no un privado sujeto a control.

Interesante aporte fue el señalado por el senador Parra: "No debe olvidarse que el ente que se crea no va a administrar sólo recursos de los trabajadores y de los empleadores, sino también fondos fiscales. Un aporte significativo del Estado irá al fondo solidario. Y al lado de las cuentas de capitalización se encuentra el fondo solidario, generado principalmente a partir del esfuerzo de la sociedad para hacer frente a una contingencia tan extraordinariamente grave desde el punto de vista humano como es la desocupación.

"Por lo mismo, habría preferido un mayor grado de apertura a la presencia pública en la administración de estos fondos. Incluso, en su minuto, en las comisiones unidas solicité al gobierno considerar una alternativa mixta, en la que las cuentas individuales fueran administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, pero el fondo solidario quedara bajo la administración del Instituto de Normalización Previsional"²⁷. Las AFP hubiesen tenido que crear una cuenta destinada para los fondos de la CIC y el INP administraría los fondos aportados por el Estado, siendo esta institución la que entregaría las prestaciones con cargo al Fondo de Cesantía Solidario.

Como expresa el senador Boeninger, las AFP no son bien miradas por los altos costos que traspasan a sus afiliados: "Estoy convencido de que uno de los

²⁵ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3462.

²⁶ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3464.

²⁷ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, pp. 3469-3470.

pecados cometidos en el caso de las AFP –y todos lo sabemos– ha sido el hecho de que se compite por problemas de imagen, por venta de elementos absolutamente marginales, e incluso, a veces, por aspectos que nada tienen que ver con el rubro, lo que ha encarecido su administración en forma del todo innecesaria”... “se puede establecer una entidad administradora que a la vez será una asociación de muchos que tienen economías de escala, sin que existan gastos de comercialización, de ventas, de competencias inútiles, como ha sido el caso histórico de las AFP”²⁸.

El senador Urenda, en defensa de las AFP, señaló: “Hay que aprovechar una organización que ya va a cumplir veinte años en Chile y que se traduce, de partida, en un gasto, pues, según las estimaciones, equivale más o menos a la novena parte. Es decir, se inicia el procedimiento con empresas ya conocidas y organizadas, con un gasto estimado –adicional o marginal– muy inferior al que pueda tener un operador único”... “encomendar este sistema a las AFP significa abrir la posibilidad de competencia e incentivar su eficiencia”. Además, “hay un elemento importante: el sistema ha funcionado; son organizaciones conocidas. En definitiva, cualesquiera que sean las fallas que puedan detectarse en la operación de las AFP, estamos ante un ‘diablo conocido’. Es decir, el sistema se halla perfectamente controlado, el Estado se encuentra organizado para tal efecto y lo hace en forma eficiente”²⁹.

Finalmente queremos resaltar una intervención del senador Boeninger, que nos señala: “Concuerdo con la propuesta del operador único, no compartiendo la crítica de rigidez y falta de competencia que se le atribuye: a) porque la elección del operador implica una licitación por precio, vale decir, menores comisiones, y otras variables relevantes, como la calificación técnica de los postulantes; b) porque para participar en dicha licitación se pueden formar toda clase de asociaciones para aprovechar economías de escala, como, por ejemplo, una asociación eventual de todas las AFP, y c) porque, a su vez, el operador elegido podrá descentralizar la administración de la inversión de los recursos entre diversas entidades especializadas en la materia.

“Por último, esta modalidad debiera reducir los costos de comercialización, que tantos problemas han causado en el sistema de AFP y en el de las rentas vitalicias.

²⁸ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3466.

²⁹ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 29ª, martes 20 de marzo de 2001, Publicación Oficial, p. 3471.

“Naturalmente, se corre el riesgo de que no se produzcan tales asociaciones virtuosas para el aprovechamiento de externalidades, por lo que podrían estudiarse mecanismos que las incentiven”³⁰. Resaltamos el ejemplo que propuso porque en definitiva fue eso lo que aconteció.

Creemos que propuestas como la del senador Parra hubiesen traído una implementación más rápida del sistema y sin muchos costos administrativos. Además el rechazo a las AFP en el Congreso no se reflejó en la práctica; el Gobierno adjudicó a una asociación de éstas para administrar el sistema por 10 años.

Otro aspecto que merece ser resaltado al momento de hablar de esta nueva institución, dice relación con la administración de ésta. Desde un comienzo el Gobierno manifestó su intención de que el operador fuese uno solo, ya que con ello se disminuiría el valor de las comisiones a cobrar, lo cual se garantizaría mediante un proceso de licitación. Por otro lado, existió a su vez un fuerte rechazo a la idea de que fuesen las Administradoras de Fondos de Pensiones las administradoras del sistema.

Frente a la postura del gobierno surgió otra que planteaba que, ya que el sistema de inversión de los fondos es similar al de las Administradoras de Fondos de Pensiones, fueran éstas las que administraran dichos fondos, ya que implicaría un menor costo de implementación del seguro, sería la competencia entre éstas lo que haría bajar los costos de las comisiones, y que además sería fácil para ellas abrir una nueva cuenta a nombre de los cotizantes relativa al seguro, como se hizo cuando se legisló en el caso de las trabajadoras de casa particular. Pero esta opinión fue rechazada por el traspaso que éstas hacen a sus afiliados de los costos de la competencia entre ellas para captar nuevos afiliados.

Una posición que merece especial atención es la que manifestó el senador Parra, en el sentido de considerar que no solamente hay fondos privados que este nuevo ente administraría, ya que hay un importante aporte fiscal, por la vía del Fondo Solidario. Su propuesta consistió en diferenciar la administración de los aportes privados que se entregarían a las Administradoras de Fondos de Pensiones, y que los fondos fiscales se entregaran al Instituto de Normalización Previsional, con lo cual no se crea ningún nuevo ente administrador, se aprovechan los ya existentes, y se evita la especulación financiera privada con fondos públicos.

Después de un largo debate, se concluyó que la administración quedaría a cargo de un solo organismo, que administraría el sistema por diez años, y que el

³⁰ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 343ª, Extraordinaria, Sesión 10ª, martes 14 de noviembre de 2000, Publicación Oficial, p. 992.

bajo costo de las comisiones se obtendría a través de las bases de un proceso de licitación.

Resulta anecdótico que después de esta larga discusión fuesen las Administradoras de Fondos de Pensiones unidas en el grupo Providencia quienes se adjudicaren la administración del régimen.

Creemos que en definitiva se optó por un administrador con experiencia en este tipo de fondos, pero no podemos dejar de lado las críticas planteadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones. Sin duda, ésta fue la oportunidad para entregar la administración de este tipo de fondos a otro grupo de empresas, igualmente calificadas, que pudieron haberse adjudicado la administración. Además, como ya lo señalamos, el importante aporte fiscal al sistema, sumado a una administración de privados de los mismos, puede llevar a una especulación financiera con fondos públicos, que en períodos de inestabilidad económica puede ser riesgoso para la economía, y sobre todo para los trabajadores afiliados que verían en peligro los dineros que les corresponden como prestaciones provenientes del Estado.

Como lo analizaremos en el punto siguiente, se crea una estrecha relación entre el sistema económico y el Derecho Laboral y la Seguridad Social, restándole en cierta medida importancia y responsabilidad al Estado como protector del empleo.

5. NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO LABORAL

Cuando a principios de los ochenta se llevó acabo la reforma del sistema previsional con la dictación del D.L. N° 3.500, ésta también fue muy resistida por todos los sectores de la sociedad. Su impulsor, José Piñera, ministro del Trabajo de la época, describe en su libro *El cascabel al gato* el largo camino que llevó a Chile a ser pionero en el mundo con un sistema de pensiones administrado por instituciones privadas. Dichas instituciones, las AFP, fueron durante los ochenta protagonistas del crecimiento económico de nuestro país. A través de ellas se logró introducir inversión fresca en los mercados nacionales y ordenar el mecanismo de jubilación de los trabajadores nacionales.

En la actualidad, pero no con las mismas características de los ochenta, nuestro país atraviesa una situación de crisis económica. El sistema que se creó invierte los fondos de una forma similar a como lo hacen las AFP, esto conllevará que, a mediano y largo plazo, se incremente la inversión. Esta situación no ha sido muy valorada por la opinión pública, pero a nuestro entender constituye uno de los efectos más importantes que no se debe dejar pasar.

Los dos ejemplos anteriormente expuestos nos llevan a concluir que el Derecho del Trabajo ha experimentado una evolución desde la concepción netamente protectora del trabajador hacia un nuevo fin como es la actividad económica. Según el autor Américo Pla, se trataría "de un derecho laboral organizador de la vida económica"³¹, o sea, según lo que él expone sería el Derecho del Trabajo el que guiaría la actividad económica de los países. Ante esto debemos responder que en ocasiones sucede lo opuesto, en que es el mercado el que crea nuevas figuras laborales y posteriormente es el derecho quien lo consagra y le da protección.

En el caso chileno, las instituciones de seguridad social creadas dan cuenta de un nuevo matiz que se le ha dado a nuestra legislación laboral³², ya que a través de la creación de una institución de Seguridad Social, que en un principio tiende a cubrir un estado de necesidad, se logra un fin totalmente económico como es inyectar recursos frescos al mercado.

Esta vinculación entre el derecho y la economía se ha manifestado en forma independiente de la tendencia política que se encuentre de turno en el gobierno, por lo cual debemos señalar que estamos en presencia de una nueva tendencia del Derecho del Trabajo, en que ya no busca sólo la protección del trabajador, tanto en su empleo como en diversos riesgos sociales, sino que además un fin economicista, al tratar de influir de diversas maneras en dicha actividad.

³¹ Pla Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, Ed. IDEA, Montevideo, 2000, p. 36.

³² En un punto anterior se analizó la distinción entre Seguridad Social y Derecho del Trabajo, dicha distinción no la hemos aplicado a este punto, sino que consideraremos a ambas ramas como un todo.