



*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

Las AFP's no son un producto de exportación verdaderamente chileno

PABLO ARELLANO ORTIZ

Sumario: 1. Premisa. – 2. La pensión como un derecho social. – 3. La pensión como un instrumento de políticas económicas. – 4. Conclusión.

Working Paper n. 45/2007

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

1. Premisa

A lo largo de este estudio intentaremos ver una serie de aspectos que demuestran las debilidades y fortalezas de un sistema privado de pensiones como el chileno. Si bien este modelo ha sido copiado por una serie de Países tanto en América Latina y en Europa del Este, está lejos de ser una panacea, y tampoco es original. Y por consiguiente, no es una exportación no tradicional y menos un producto cien por ciento chileno. Como punto de partida debemos dejar en claro que Chile no inventó esta forma de protección que utiliza mecanismos privados, por lo que partiremos nuestro análisis con una visión histórica, para en seguida ver brevemente el contexto del modelo chileno, para luego ver este modelo desde una perspectiva multidisciplinaria, en la que encontraremos diversos problemas de orden jurídico y económico.

Cuando se revisa la protección de riesgos sociales en general, se destaca la importancia de modelos como el Bismarkiano o el de Beverige, dejándose de lado la protección privada de los riesgos sociales. Debemos recordar e insistir en la influencia del mundo privado en la protección de los riesgos sociales y, en particular, en el movimiento que dio origen a la OIT. A contrario de como muchos pudieren pensar, los sistemas de Seguridad Social existentes hoy en el mundo y que tienen su origen en reformas profundas en la época posguerra, se encuentran basados en iniciativas provenientes del mundo privado. De esta manera, no nos resulta extraño que el fundamento de nuestro estudio se encuentre a su vez en una institución de orden privado: el *trust*.

El *trust* inglés es la base legal y el punto de partida para el desarrollo de los fondos de pensión. El *trust* nace durante la Edad Media inglesa y constituía un acuerdo que permitía a un caballero (*knight*) que partía a las cruzadas dejar sus dominios (*private kingdom*) en las manos de otro lord con la tarea de cuidar de su familia y sus bienes. Con el tiempo este acuerdo se transformó en el instrumento para conducir el derecho de sucesión de las familias ricas inglesas mucho antes que fuese utilizado por los empleadores para proteger las pensiones.

Encontramos en el antiguo *trust* inglés y en los fondos de pensiones actuales la misma necesidad: transferir un patrimonio de un titular a un tercero que lo cautelaba para los herederos que, por diversas circunstancias, no podían administrarlo. En el *trust* se protege a los menores evitando la dilapidación de sus bienes; y en los fondos de pensiones se protege la pensión de trabajadores. La respuesta que nos otorga el *trust* es la introducción de un tercero: el *trustee*, quien es responsable de la administración del patrimonio del beneficiario, ya sea un menor o un trabajador.

El objetivo principal del *trust* es crear una disociación del derecho de propiedad entre dos derechos que lo constituyen, por un lado la capacidad de administrar, incluida la posibilidad de disponer de la propiedad (llamado legal interest); y por otro lado el derecho a los beneficios de la propiedad (llamado equitable interest). El *trust* distingue entre la libertad para administrar y disponer de los bienes y el uso de los beneficios de estos mismos bienes.

Si buscamos dentro de la cultura jurídica basada en el derecho romano alguna institución similar al *trust*, la única que podría corresponder es el fideicomiso. Pero, según el derecho romano los derechos que otorga la propiedad (uso, goce y disposición), no corresponden al modelo clásico de *trust*. Sin embargo, en algunos Países de derecho romano en donde existen fondos de pensión, una de las posibilidades que se otorgan para administrar

los fondos es a través del fideicomiso.

La forma más utilizada y conocida de *trust* es aquella que dice relación con los legados, en la cual una parte denominada «*the settler*», deposita su propiedad en un *trust* y los beneficios que este *trust* reporte irán en beneficio de la herencia. La calidad de heredero de un menor forzaba al *settler* a delegar la propiedad de éste. El *trust* pasa a ser entonces un instrumento que divide la propiedad en dos: *property* y *ownership*. Esto permite hacer una delegación para la administración de la propiedad a un tercero. Esta relación obedece a un principio triangular, compuesto por tres protagonistas: el *settler*, el beneficiario, y el *trustee*.

El principal elemento del *trust*, y, que a nuestro juicio, constituye a su vez una razón de su aparición, es la relación de lealtad (*loyalty*) entre el *trustee* y el *settler*. Actualmente no podemos decir lo mismo de los fondos de pensiones. Si bien, sigue existiendo una relación triangular en los fondos de pensiones complementarios o profesionales, la administración de estos fondos es efectuada de acuerdo a las leyes de la oferta y de la demanda, la relación es de prestador de servicios a cliente. La *loyalty* o lealtad ya no aparece como la principal característica.

El modelo chileno de fondos de pensiones nos demuestra claramente la evolución en este sentido. Actualmente es la competencia entre las AFP¹ la que determina la rentabilidad de los fondos. Ya no existe una preocupación por una buena administración, esto queda entregado al mercado. Si existiese en Chile un sistema de seguridad social dependiente del Estado, sería a éste a quien se le podría exigir la lealtad del *trust*. No obstante, los Gobiernos chilenos han optado por el juego de instituciones privadas en la macroeconomía para la protección de las pensiones, y no por un sistema de origen público.

Dentro de nuestra reseña histórica del *trust* quisiéramos destacar en su evolución dos períodos importantes. El primero de ellos es durante la Revolución Industrial y, el segundo, a partir del año 1974, cuando se aprobada en EEUU la ley federal ERISA².

Durante el siglo XIX las dinastías industriales de Boston en EEUU, le otorgan al *trust* una nueva identidad, convirtiéndolo en un instrumento de inversión. Apareciendo de esta manera el «*trust* profesional» que, en su variante de New York, fue utilizado como *stock option*. A partir de este nuevo modelo de *trust* los empleadores ven una manera de proteger a sus trabajadores del riesgo de la vejez. Los empleadores pasan así a ser *settlers* y los trabajadores toman el lugar de beneficiarios. Este modelo le otorga al empleador la posibilidad de obtener exenciones de impuestos y, sobre todo, la posibilidad de poder reinvertir el dinero de los fondos.

Este modelo de *trust* resultó ser bastante polémico dando origen a numerosos escándalos financieros. Uno de los más renombrados es el *affaire Maxwell* en Inglaterra, quien como empleador creó un *trust*/fondo de pensión para proteger a sus trabajadores invirtiendo los fondos en su propia empresa. Esta situación inconveniente generó la quiebra de la empresa y la pérdida de los fondos de los trabajadores. He aquí uno de los principales reproches que la doctrina en general hace a los fondos de pensión: el riesgo de perder completamente un beneficio debido a malos manejos financieros.

Nuevamente es EEUU quien da la pauta para el siguiente paso en la

evolución de los ya existentes fondos de pensiones. Al igual que Inglaterra, EEUU ve afectada su industria por múltiples escándalos y más aún ve infructuosos sus esfuerzos de la política del *New Deal* que buscaba regular los fondos de pensiones. De esta manera, en agosto de 1974 la Ley Federal ERISA es votada y aprobada. Esta ley se ha constituido en un instrumento de políticas públicas que reconoce a los fondos de pensión como un instrumento válido de complemento a la protección del sistema de seguridad social estadounidense. Así es como surge el modelo actual de fondos de pensiones como un complemento de la seguridad social y no como el sistema general de seguridad social. En toda esta evolución se puede constatar que los fondos de pensión siempre han sido concebidos como un complemento y no como el sistema de base.

Junto con la evolución legislativa debemos hacer notar un segundo desarrollo que dice relación con los modelos de fondos de pensiones. Podemos encontrar dos períodos. En el primero, los fondos de pensiones son de prestaciones definidas, lo que quiere decir que es el empleador quien se obliga a otorgar un beneficio al final de la vida activa del trabajador tomando en consideración el salario y los años de servicios. El beneficio consiste ya sea en una cantidad determinada de dinero o en un porcentaje de la última remuneración (ej. 70%). El riesgo financiero pesa sobre el empleador.

Un segundo período parte con la aprobación de la ley ERISA y adquiere gran importancia durante los años Ochenta. En el artículo 401(k) de esta ley se incorpora un nuevo modelo de fondo de pensión: el de contribuciones definidas o también conocidos como 401(k). Mediante este nuevo modelo de fondos de pensiones el empleador no se obliga a un beneficio al término de la carrera, por lo que tampoco garantiza la obtención de una pensión. En este modelo el empleador no corre riesgo alguno sino, que es el trabajador sobre quien pesa el riesgo financiero. En este fondo el empleador se compromete a contribuir, ya sea mensualmente³ o anualmente⁴, a la constitución de un capital a favor del trabajador, luego este dinero es colocado en el mercado de capitales, por lo que el trabajador no sabe de antemano el monto de la pensión para cuando se retire como sucede en el modelo de prestaciones definidas.

Este modelo de contribuciones definidas se consolida como sistema complementario en diversos Países desarrollados. De esta manera, a inicio del año 1980, cuando es promulgado el DL 3500 estableciendo las AFP, en el mundo ya existían fondos de pensión de cotizaciones definidas, por lo que el modelo chileno como tal no es original. Sin embargo, ningún país en el mundo lo había utilizado como régimen de base, y ésta puede ser su única originalidad. Debemos considerar, a su vez, que la implantación de este nuevo régimen se logra gracias a un período histórico en que no existía un contrapeso político y donde, además, reestructuró nuestra economía con un modelo experimental. Esta nueva forma de protección nos presenta una nueva problemática ligada al rol que el Estado debe tener con respecto a la protección social.

Hemos partido negando en nuestro título, y así lo reafirmamos, que las AFP's sean un modelo de exportación originario de Chile. No obstante ello, las AFP's son un éxito a los ojos del Banco Mundial. Dicho organismo dio su opinión favorable hacia el modelo chileno y, después de la publicación de un Informe en 1984 en este sentido, se ha convertido en un promotor indiscutible de este mecanismo. Si bien es criticable que un organismo internacional de orden económico y no uno especializado en la protección de trabajadores, de

una opinión sobre los mecanismos a utilizar para proteger las pensiones, en los hechos su opinión considerada por numerosos Países en vías de desarrollo tanto en América Latina y Europa del Este.

Para una mejor comprensión debemos señalar que en su informe el Banco Mundial propone un modelo de pensiones basado en dos pilares⁵:

1) un primer pilar, constituido por un sistema público mínimo que asegure la protección a las personas de edad más avanzada y a los más pobres;

2) un segundo pilar, constituido por cuentas individuales de ahorro, financiadas por cotizaciones obligatorias para el conjunto de los trabajadores y confiadas a instituciones financieras privadas encargadas de invertir el capital. El mecanismo escogido por el Banco Mundial es el de cotizaciones definidas, siendo el ejemplo chileno la mejor ilustración. Sin embargo, la intervención estatal chilena está lejos de poder asegurar a los trabajadores más pobres una protección decente de la vejez.

Por su lado, la Organización Internacional del Trabajo⁶, organismo especializado en la protección de los trabajadores, ha propuesto un modelo diferente de protección de la vejez basado en cuatro pilares:

1) un primer pilar anti-pobreza, financiado por el erario nacional, que provea un ingreso de soporte para quienes no pueden proporcionárselo;

2) un segundo pilar, de reparto de prestaciones definidas, obligatorio y regulado mediante políticas públicas que otorgue un porcentaje moderado de reemplazo, de un 40 o 50%, para todos aquellos que han contribuido al sistema;

3) un tercer pilar, de contribuciones definidas, obligatorio hasta determinado máximo, con la posibilidad de ser administrado por agencias privadas y que provea pensiones por vía anual;

4) finalmente, un cuarto pilar, también de contribuciones definidas, esta vez voluntario, sin un fondo máximo y, a su vez, con la posibilidad de ser administrado por agencias privadas.

El modelo chileno de fondos de pensiones de cotización definida es de carácter legal, obligatorio, universal y administrado por instituciones privadas. Además, este modelo substituye en forma completa⁷ a un régimen financiado en reparto por uno de capitalización individual en gestión de privados. Los modelos de reparto clásicos tienen como característica fundamental la garantía del poder estatal. Es el poder público quien toma bajo su alero la garantía de la protección social de la población como un derecho fundamental, entre ellos la protección de la vejez. Un régimen de cotizaciones definidas establecido como régimen de base reemplazando a uno de seguridad social pública, no nos parece garantizar la pensión suficientemente.

Para algunos, es innegable el éxito que ha tenido el modelo chileno y comúnmente se dice que éste se ha copiado el modelo en numerosos Países de América Latina y de Europa del Este. Afirmar que las AFP son un producto de exportación parece aventurado, ya hemos visto que el modelo no es propiamente chileno sino que una adaptación de una institución del *common law*. La coincidencia de que este grupo de Países opten por el mismo modelo corresponde a múltiples factores, que desde nuestro punto de vista, se puede resumir de la siguiente manera: en ambos grupos de Países el Estado se vio ante la incapacidad de poder otorgar una prestación a través del sistema

2. La pensión como un derecho social

estatal de repartición. Esta ineficiencia estatal tiene diferentes razones en ambos continentes. El Estado se encontraba en proceso de un cambio radical, a saber, dictaduras en América Latina y la salida del comunismo en Europa del Este. Estos son los factores que nos llevan pensar en la supuesta exportación del modelo de pensiones. Estos períodos fueron a su vez aprovechados para realizar grandes reformas tales como la experimentada en Chile por el modelo económico de los *Chicago Boys*, el cual, hasta el día de hoy es aceptado por todos los sectores políticos en nuestro País. En Europa del Este, la incorporación del modelo se ha hecho dentro de un proceso democrático y sobre todo de incorporación a un sistema de economía capitalista, en donde el modelo de los *Chicago Boys* aparece como un buen instrumento para activar la economía interna de un País en crecimiento.

La protección de la pensión por un régimen privado de base como el chileno nos muestra una cierta incapacidad del poder público para asegurar a los trabajadores activos una futura pensión. El Estado sólo ejerce una función de control de las instituciones que administran el régimen, y deja al mercado la determinación con mayor certitud del nivel de protección del riesgo social vejez. Esta debilidad del Estado para asegurar a los suyos una protección social tiene consecuencias en la naturaleza jurídica del derecho a la pensión, en el mercado de trabajo, y a su vez en la protección de otros riesgos sociales.

Entre el modelo económico instaurado por los *Chicago Boys* y el sistema privado de pensiones existe una relación muy estrecha y criticable. Nosotros consideramos a la pensión como un derecho, que incluso ha tenido en algunos Países protección constitucional. Con la utilización del modelo chileno la pensión toma una doble característica, es un *derecho social y económico*⁸. Es un derecho social porque está destinado a proteger un riesgo social y dar una cobertura en la vejez. Y es económico, no porque otorgue una cantidad de dinero, sino porque participa a su vez en el juego del sistema económico chileno.

Para entender el contenido de este derecho social debemos primero definir qué es un riesgo social para luego ver el riesgo social vejez. De una manera general, podemos decir que riesgo es «el evento perjudicial cuya aparición es incierta en cuanto a la realización y a la fecha de ésta»⁹. En derecho de seguros, el riesgo es definido como un evento futuro e incierto, cuya realización no depende de manera exclusiva de la voluntad del asegurado¹⁰.

La noción de riesgo social es un poco diferente de las concepciones generales de riesgo. Ésta aparece junto con la Revolución Industrial y posteriormente evoluciona con el trabajo de la OIT¹¹. Riesgo social¹² entonces puede ser definido «como todo evento susceptible de impedir total o parcialmente el ejercicio de la actividad profesional o de disminuir la capacidad de ganancia de una persona»¹³.

La pensión tiene por objeto otorgar una prestación que cubra las necesidades de una persona durante la vejez. «La vejez (por su lado) tiene por objeto dos concepciones diferentes. En la primera, la pensión se presenta como la contrapartida de servicios rendidos durante la vida activa. Llegada a cierta edad el asegurado tiene derecho a reposo, él recibe en un sentido más preciso una pensión de vejez. En la segunda concepción, el viejo es presumido como inválido. El estado psicológico, las enfermedades ligadas a la edad, un rendimiento profesional insuficiente hacen imposible la prolongación de la vida

profesional: la pensión se convierte entonces en una pensión de retiro»¹⁴. Estas dos concepciones tienen consecuencias diferentes y nos mantendremos ajenos a esta discusión doctrinaria. Para nosotros la vejez constituye un período de la vida durante el cual un trabajador pasa a la vida pasiva. Durante este período la pensión financia el costo de su existencia, ya sea a través de aportes públicos, ya sea a través de las contribuciones efectuadas por el empleador o ya sea gracias al ahorro efectuado por el mismo trabajador durante su vida activa.

Según el sistema chileno de pensiones el período pasivo de la vida de una persona es financiado sólo por los ahorros que el trabajador efectúa durante su vida activa. Pero, un sistema privado como el chileno obliga al afiliado a soportar el costo de la administración de sus ahorros para su vejez. La obtención de una pensión decente queda sujeta a la administración de una institución privada que no posee obligación alguna de buenos resultados. El sentido común nos indica que tan sólo en el caso de que la inversión de los fondos obtuviera resultados positivos se debería pagar un cargo por el servicio efectuado. No existe una relación directa entre las comisiones que cobran las AFP's y la prestación que se otorga al jubilar. Si bien la legislación chilena prescribe que los trabajadores tienen un derecho de propiedad sobre los fondos acumulados en las cuentas individuales, esta situación es clara, especialmente cuando una AFP anuncia que en el mes anterior ha tenido cifras negativas en alguno de sus fondos. Si fuese un derecho de propiedad en el sentido clásico tal como es concebido en el Código Civil, los afiliados podrían fácilmente ejercer desde una acción reivindicatoria hasta un recurso de protección.

La pregunta entonces es saber cuál es la naturaleza jurídica de este derecho que otorgan los fondos de pensión chilenos. Es claro que no es un derecho real en su concepción clásica, y por otro lado decir que se trata de un derecho personal nos parece ajeno a un derecho social. Aunque si bien se hable que los derechos fundamentales son a su vez derechos exigibles como los créditos por los ciudadanos al Estado, sólo nos queda la noción del *trust* en su versión de derecho romano: el fideicomiso. Pero aún eso nos deja dudas que en una próxima oportunidad intentaremos profundizar.

Lamentablemente, ninguna de estas proposiciones nos satisface para lograr una protección de los fondos contra eventuales pérdidas. Y, por otro lado, estas concepciones clásicas de la naturaleza jurídica no nos otorgan una respuesta sobre nuestro segundo problema íntimamente ligado a la naturaleza jurídica.

Más aún cuando vemos que la protección de la vejez por la vía de la protección como un derecho fundamental de la persona se desvirtúa al entregarse al mundo privado una prerrogativa que hasta entonces pertenecía al poder público. Esto nos lleva a analizar el segundo aspecto de nuestro estudio

3. La pensión como un instrumento de políticas económicas

La relación entre la economía y el derecho es indiscutible en nuestro tema. Es a través de la economía como actualmente se protegen los derechos de los trabajadores en Chile. Nosotros no compartimos esta posición pero reconocemos su influencia en materia de seguridad social. Constatamos además que el modelo de pensiones gusta tanto al sector económico que es utilizado recientemente para la protección del desempleo. La ley de seguro de desempleo dispone un sistema similar de inversión de fondos de cesantía e

incluso son las mismas AFP's, agrupadas en un solo organismo, quienes administran la protección de este riesgo social.

De esta forma vemos que lo que se busca es que la protección social privada reemplace al Estado tanto en la gestión de las prestaciones como también en el manejo de políticas sociales. He ahí una de las críticas más profundas a este modelo de pensiones y, a la vez uno de sus grandes aciertos, la posibilidad de no sólo proteger un riesgo social sino varios.

Esta relación entre la economía y el derecho en la protección de la vejez a través de fondos de pensión se origina en la ambigüedad del término «fondos de pensiones», que contiene aspectos económicos y jurídicos. Una distinción simple nos obliga a revisar los siguientes aspectos:

- de un punto de vista financiero, los fondos de pensiones corresponden a una masa financiera, desprovista de personalidad jurídica, alimentada por cotizaciones y por ingresos financieros, y utilizada con el objeto de otorgar pensiones a los beneficiarios;

- de un punto de vista de la gestión, los fondos de pensiones son administrados por un organismo que posee habitualmente un fin de lucro y que posee a su vez una persona jurídica. Este organismo es garante de la seguridad de las transacciones efectuadas: las personas afiliadas a los fondos son representadas en los órganos de control a fin de garantizar la transparencia de la gestión de la masa financiera;

- de un punto de vista jurídico, los fondos de pensiones suponen un acuerdo de voluntad entre el organismo que administra las masas financieras y los cotizantes (los beneficiarios). Este acuerdo da nacimiento a derechos y obligaciones respectivas, pero debemos agregar a estos elementos una serie de reglas contractuales, en especial aquellas que dicen relación con el funcionamiento y transparencia de la inversión de los fondos.

Podemos definir de una manera general a los fondos de pensión como «un sistema de ahorro, acumulado a nombre de un individuo durante su vida activa, permitiéndole obtener una renta después de su jubilación y hasta su fallecimiento». Nuestra definición no nos aclara mucho sobre la naturaleza jurídica de éstos. Los fondos de pensión chilenos poseen características que lo alejan de la concepción, hasta este punto, clásica de un fondo de pensión.

Hasta antes de 1980 los fondos de pensión eran concebidos tan sólo a nivel de empresa, estableciéndose lo que hasta hoy día se conoce como planes de pensión patrocinados por los empleadores para beneficiar a sus trabajadores. Por el contrario, los fondos de pensión chilenos no contemplan aportes de la parte del empleador.

Las implicaciones económicas en la concepción clásica incluyen relaciones entre un empleador con un organismo que administra el fondo en diversas formas, como por ejemplo un *trust* o un *provident fund*. En el caso chileno, la situación es diferente ya que encontramos una relación entre el Estado y los beneficiarios, es el Estado que se desliga de su función protectora y entrega la administración y gestión a entidades privadas. No cabe lugar entonces a contratos de seguros que contemplen la constitución de un fondo de pensión, como sucede en otros Países.

Algunos explican las diversas implicaciones de los fondos de pensión mediante una posible conciliación entre la protección social y la especulación

financiera¹⁵. Sobre todo en la creencia que la protección social se puede gestionar a través de instituciones financieras privadas. En la concepción clásica, es el empleador o mejor dicho el promotor del plan quien utiliza los fondos y los invierte de acuerdo a reglas prudentes concebidas para el *trust*. En el modelo chileno la inversión es dejada de manera libre a las AFP, bajo el control de instituciones públicas.

He aquí nuestro segundo punto de interés, ya que a través de la especulación financiera generada por los fondos de pensiones se puede, de manera indirecta, llegar a aumentar el empleo y así lograr el manejo de políticas sociales. De esta forma, el rol del Estado se debilita y se abre una gran ventana para la transformación de los economistas en una suerte de protectores de riesgos sociales. Esta situación nos parece riesgosa en la protección de la vejez.

La promoción que puede realizar el Estado a través de sus políticas públicas a invertir en ciertos instrumentos financieros puede llevar a los fondos de pensión a influir en otros riesgos sociales. Por ejemplo, mediante el simple juego de la estimulación del mercado se puede llegar a obtener una política pública pro-empleo. De esta manera, políticas económicas tendientes a aumentar el ahorro o a flexibilizar el mercado pueden influir en la protección de diversos riesgos sociales. Los fondos de pensión son un instrumento financiero que ciertamente sirve para indirectamente proteger otros riesgos sociales y en particular el desempleo.

Con las implicancias financieras los fondos de pensión, tal como lo hemos dicho, adquieren un nuevo objetivo alejándose de su fin natural: la protección de la vejez. Los economistas se sirven de este mecanismo para obtener objetivos económicos sin considerar los efectos sobre las pensiones y los otros riesgos sociales. El sistema privado de pensiones es utilizado hoy en día como uno de los parámetros para medir el nivel de ahorro y crecimiento de un País en desarrollo¹⁶; perdiendo el sentido primero de la protección social, se considera que la estimulación del ahorro y la inversión pueden llegar a otorgar una mayor protección social.

El *trust*, hoy en día fondo de pensión o AFP en Chile, ha perdido una de sus principales características: la lealtad (*loyalty*) entre las partes involucradas. La relación de confianza entre el *trustee* y el *settler* de la Edad Media es reemplazada por un concepto de cliente que obtiene un servicio de parte de la AFP.

4. Conclusión

El modelo chileno de fondos de pensiones si bien es bastante criticable, posee una gran cualidad: su adecuación y constante adaptación a la situación social y económica. En un principio sólo existía un tipo de fondos, luego se crearon los fondos tipo «II». Recientemente se permitió a los futuros beneficiarios escoger el modo de inversión de sus fondos creando los fondos «A» y «E», asumiendo ellos la responsabilidad de la inversión de sus fondos.

Actualmente se encuentra en discusión en nuestro Parlamento el proyecto presentado por la denominada Comisión Marcel. De una manera general podemos afirmar que la discusión se ha centrado en darle mayor flexibilidad y apertura al denominado mercado de pensiones; y por otro lado, se quiere implementar una base o pilar solidario otorgando y garantizando beneficios a toda la población con una entrada en vigor graduada que estará completamente operacional en el 2010.

Si bien el estableciendo de la Pensión de Base Solidaria nos parece un acierto, otro tema es la desigualdad de condiciones entre hombre y mujeres para obtener una pensión, lo cual fue dejado fuera del proyecto de ley. Sin embargo, las obligaciones de orden internacional y, sobre todo, las convenciones y recomendaciones de la OIT, mediante sus mecanismos de control de aplicación, pueden lograr que esta situación sea corregida. Por ejemplo, podemos señalar la Corte de Justicia de la Comunidad Europea¹⁷ emitido fallos en situaciones similares obligando a los Estados europeos a modificar su legislación.

Actualmente uno de los puntos que concentra curiosamente la atención del Legislador chileno es la posibilidad de autorizar a los bancos a participar del llamado «mercado de las pensiones chilenas». Dicha incorporación fue aprobada recientemente por la Cámara de Diputados y se espera la confirmación en el Senado. No compartimos el fin de lucro de las AFP's e incorporar más instituciones financieras nos parece un punto sensible y contradictorio con la voluntad de crear un pilar solidario.

La continuidad y existencia del modelo chileno está basada en la libre competencia de las distintas instituciones privadas que participan en el mercado de pensiones. Esperamos que el resultado final del proyecto de ley de la Comisión Marcel entregue una mejor garantía de la inversión de los fondos, pero a su vez que fortalezca o mejor dicho incremente la presencia estatal en la protección de la vejez. Ya que la concepción como derecho fundamental de la pensión se está alejando con las modificaciones propuestas y, más aún, no se garantiza por parte del Estado de manera suficiente este derecho.

Durante los últimos años el envejecimiento de la población mundial ha centrado la atención de diversos organismos internacionales. Las diversas crisis económicas nos demuestra la debilidad de un sistema basado en un solo pilar de financiamiento. Por ello, como lo explicamos en nuestro análisis, los organismos internacionales preocupados del tema de las pensiones proponen diversificar el financiamiento de los modelos nacionales. He aquí la necesidad del establecimiento de un pilar solidario que otorgue un beneficio garantizado por el Estado en caso que el sistema privado colapse.

Si bien la sociedad chilena está lejos del envejecimiento de la población que se vive en Europa, no nos encontramos ajenos a las crisis financieras, y, por tanto, una buena medida es diversificar el financiamiento mezclando la capitalización existente con los mecanismos clásicos de protección social de reparto. Esperamos que el modelo chileno siga adecuándose en la búsqueda de un equilibrio en la protección de los trabajadores que inician su jubilación.

| Pension System Reforms | | | | |
|------------------------|------|----------------|----------------------|--------------------------|
| Country | Year | Type of system | | |
| | (*) | Single (1) | Mixed (2) Integrated | Mixed (3) in Competition |
| LATIN AMERICA | | | | |
| Chile | 1981 | • | | |
| Peru | 1993 | | | • |

| | | | | |
|-----------------------------------|------|---|---|---|
| Argentina | 1994 | | • | • |
| Colombia | 1994 | | | • |
| Uruguay | 1995 | | • | |
| Bolivia | 1997 | • | | |
| Mexico | 1997 | • | | |
| El Salvador | 1998 | • | | |
| Costa Rica | 2000 | | • | |
| Panama (***) | 2002 | | | |
| The Dominican Republic | 2003 | • | | |
| Nicaragua (**) | (**) | • | | |
| CENTRAL AND EASTERN EUROPE | | | | |
| Hungary | 1998 | | • | |
| Poland | 1999 | | • | |
| Sweden | 1999 | | • | |
| Latvia | 2001 | | • | |
| Bulgaria | 2002 | | • | |
| Croatia | 2002 | | • | |
| Estonia | 2002 | | • | |
| Kosovo | 2002 | • | | |
| The Russian Federation | 2003 | | • | |
| Lithuania | 2004 | | • | |
| Slovakia | 2005 | | • | |
| Macedonia | 2006 | | • | |
| Ukraine (**) | | | | |
| ASIA | | | | |
| Kazakhstan | 1998 | • | | |
| India (***) | 2004 | | | |
| AFRICA | | | | |
| Nigeria | 2005 | • | | |

FIAP – International Federation of Pension Funds Administrators, www.fiap.cl.

* Pablo Arellano Ortiz es Abogado, Universidad de Concepción, Becado Presidente de la República, Master 2 Recherche en Droit Social, Université de Paris «II Panteón Assas». Doctorante en Derecho privado, Université de Paris «X Nanterre».

¹ Muy pronto también de las instituciones bancarias de acuerdo al proyecto de ley de la Comisión Marcel que se tramita actualmente en el Congreso Nacional.

² Employee Retirement Income Security Act, 1974.

³ En el modelo chileno sólo el trabajador cotiza mensualmente.

⁴ Aquí encontramos por ejemplo en Australia el *Superannuation*, o el caso de India con los *Provident Fund*.

⁵ Sobre este temat, L. ROBERTS, *La retraite entre épargne individuelle et assistance: la recette de la Banque mondiale*, en *Chronique Internationale de l'IRES*, Septembre 1997, n. 48, n. espec. *L'avenir des retraites*, 17.

⁶ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Social security pensions. Development and reform*, International Labour Office, Geneva, 2000, 27.

⁷ Se mantienen en el antiguo sistema de reparto los miembros de las FF.AA.

⁸ Ésta es una terminología propia que tiene por objeto presentar el tema desde una doble perspectiva. No se debe confundir con los derechos económicos, sociales y culturales.

⁹ G. CORNU, *Dictionnaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd., Paris, 2000, 782.

¹⁰ P. DURAND, *La politique contemporaine de Sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 2005, 14.

¹¹ Convención n. 102 de la OIT de 1952.

¹² P. Durand también habla de riesgos inherentes a la vida social.

¹³ F. KESSLER, *Droit de la Protection Sociale*, Cours, Dalloz, Paris, 2005, 9.

¹⁴ P. DURAND, *ob. cit.*, 193.

¹⁵ S. MONTAGNE, *Les fonds de pension. Entre protection sociale et spéculation financière*, Odile Jacob, Paris, 2006, 14: «*L'intuition est que le pouvoir de conviction de ces fonds de pension tient en partie au fait que leur fonctionnement s'ancre dans des croyances socio-économiques fondatrices de l'économie américaine. Ces fonds de pension racontent en effet une fable, celle de la conciliation possible de la protection et de la spéculation au sein d'un même dispositif. Derrière cette fable, réside peut-être un des mythes fondateurs de l'ordre social anglo-américain : la croyance selon laquelle on peut organiser la protection des individus faibles (en l'espèce, les bénéficiaires de ces fonds, victimes potentielles de la spéculation) au moyen d'un dispositif privé, décentralisé, imposant des contraintes de justification aux protagonistes forts (en l'espèce, les employeurs et les gestionnaires financières, acteurs de la spéculation)*».

¹⁶ Interesante es la opinión de José Piñera, ex Ministro del Trabajo, quien dijo: «*By increasing savings and improving the functioning of both the capital and the labor markets, this Reform has been the single most important structural change that has contributed to the doubling of the growth rate of the economy in the 1985-1997 period (from the historic 3 to 7.2%)*», en www.josepinera.com.

¹⁷ CJCE, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, n. C-262/88 del 17 de mayo de 1990.