

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL

**PORTABILIDAD DE FONDOS DE PENSIONES EN
MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE
TRABAJADORES MIGRANTES**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
VICTOR HUGO NUÑEZ ESCALONA
ELIZABETH ARGELIA TRONCOSO ALVAREZ

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile 2004

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es la investigación y análisis de un sistema de portabilidad de fondos en materia de pensiones, el cual permita el traslado de los recursos aportados a la seguridad social cada vez que el aportante decida migrar a otro país, cumpliendo con los requisitos respectivos.

El procedimiento a seguir para su desarrollo se basa en primer lugar en exponer la importancia de la existencia de un sistema de portabilidad desde la perspectiva del aumento sostenido que han experimentado las migraciones laborales a nivel mundial, haciéndose alusión, entre otros, al concepto, clasificación y características que experimentan hoy en día los flujos migratorios, considerando además las principales normas nacionales e internacionales que regulan la materia. Luego, expondremos el sistema de previsión que nos rige, sobresaliendo el vacío que en nuestra legislación previsional existe sobre la materia, y cómo se ha tratado de avanzar, sobretodo a través de los Convenios de Seguridad Social, especialmente a través del recientemente aprobado Convenio con Perú, el cual contempla la portabilidad de fondos en su artículo 18.

Por último, se propone el establecimiento de un sistema de portabilidad, con sus principales principios, características y condiciones, además de un procedimiento tentativo a través del cual se pueda concretar el traspaso de los fondos.

El resultado de todo lo anterior se expresa en la necesidad de crear un sistema de portabilidad considerando la expansión en el flujo migratorio, no siendo obstáculo para su establecimiento las diferencias existentes entre los distintos países respecto al sistema de previsión con que cuentan, por cuanto el ahorro previsional debe seguir al trabajador donde decida asentarse, ya que así como la fuerza laboral es única e independiente de los países en que se haya desempeñado, así también debe ser la pensión previsional.

INTRODUCCIÓN

A partir de las necesidades del mundo contemporáneo, donde la movilidad de los bienes y servicios es incentivada cada día con mayor fuerza, al analizar el tema desde la perspectiva de la movilidad de ciudadanos sujetos de derecho, surge espontánea la pregunta sobre el resguardo a la garantía de la seguridad social en lo que dice relación

con los aportes o cotizaciones que hayan realizado estas personas, en cuanto trabajadores, a algún sistema de pensión, sea este público o privado.

La expansión del sistema previsional de capitalización individual presenta el incentivo preciso para plantearse la idea de que la posibilidad de trasladar los fondos de pensiones que corresponden o son de propiedad de los trabajadores que migran, esta más al alcance de la mano que nunca, sin perjuicio de su implementación entre sistemas diferentes.

El fundamento principal que sustenta la elección de este tema dice relación con el creciente flujo migratorio que desplaza una gran cantidad de trabajadores desde un país a otro. Estos trabajadores, además de las cotizaciones a que están obligados en su nuevo país de residencia, normalmente poseen cotizaciones o aportes hechos en su país de origen, quedando a la hora de pensionarse, divididos sus fondos en dos países, dos sistemas y dos mecanismos de jubilación distintos.

La hipótesis central que intentaremos demostrar en este trabajo es que las actuales respuestas que da nuestra legislación, así como los acuerdos internacionales suscritos por Chile son insuficientes y no resuelven de manera eficiente el verdadero problema de la división de los fondos, ni resguardan el fin previsional forzoso de la acumulación de tales dineros. Es por eso que un sistema de portabilidad de fondos de pensiones se hace necesario, el que es posible de implementar, tanto entre sistemas iguales, como entre sistemas de pensión distintos, según la estructura que tengan los regímenes de cada país.

El abordar el tema de la portabilidad de fondos presenta una dificultad principal: no existe documento alguno que trate el tema de manera orgánica. La bibliografía disponible no va más allá de pequeños acápite en textos generales acerca de los fondos de pensiones o breves documentos en el marco de mesas redondas o seminarios que, poco a poco, van poniendo el tema en la tabla de los debates sobre las proyecciones del sistema de capitalización individual.

La metodología de esta memoria partirá analizando el fenómeno global de las migraciones laborales, luego se hará un análisis de los sistemas de previsión en general y el caso chileno en particular, después vendrá un capítulo que abordará la portabilidad de fondos en forma orgánica, para terminar con las conclusiones finales que aúnen los criterios planteados a lo largo de esta obra.

CAPÍTULO I: MIGRACIONES LABORALES

Concepto

Podemos definir las migraciones laborales como aquellas producidas en virtud de los desplazamientos generados a partir de la búsqueda de oportunidades laborales en países distintos al de origen.

Clasificación.

Desde una visión retrospectiva, tradicionalmente se ha distinguido entre migración con fines de poblamiento y la migración temporal. En el primer caso se entiende que el inmigrante es admitido de manera permanente desde su llegada al país de inmigración; la temporal en cambio refiere a actividades económicas cuya duración se prevé será de un número preciso de días, semanas o meses.

Sin embargo, la tendencia actual indica que muchos países entienden que la migración permanente ya no existe, con lo cual los convenios 97 y 143 de la OIT habrían quedado parcialmente desactualizados; por otro lado, el perfil de los migrantes temporales también habría cambiado: mientras que en el pasado los principales flujos de migración temporal estaban constituidos por trabajadores semicalificados, quienes emigraban para ocupar empleos en sectores en que los nacionales se negaban a hacerlo, las políticas migratorias contemporáneas privilegian a los migrantes altamente calificados. Paradojalmente, la realidad indica que los trabajadores migrantes ilegales siguen siendo los menos calificados, ocupando segmentos del mercado de trabajo no atendidos por los nacionales. Es posible constatar, asimismo, que en muchos países el empleo ilegal de trabajadores migrantes no es necesariamente un fenómeno temporal y que son muchos los migrantes que viven y trabajan en situación irregular durante varios años e incluso de manera permanente.

Teniendo en cuenta este aspecto contradictorio entre políticas públicas y datos empíricos, la migración laboral como fenómeno es tremendamente multifacética; es así como a partir de clasificar a la migración en “calificada” y “no calificada”, los más intensos análisis giran en torno a los efectos del trabajo del migrante en los mercados laborales que los acogen.

También a partir de la legalidad en el ingreso del trabajador al país se habla de “migración irregular”, fenómeno que cada vez más es intentado de controlar por los gobiernos y la comunidad internacional. Estas personas que residen o migran en violación de la legislación sobre inmigración y empleo se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente al abuso y la explotación; su permanencia se caracteriza por condiciones de trabajo y de vida por debajo del promedio e incluso similares a la esclavitud; por la confiscación de documentos de identidad y pasaportes; no pago de salarios y beneficios sociales por parte del empleador, así como por los eventuales tratamientos inhumanos por parte de las autoridades si es detenido. Desde una perspectiva xenofóbica, se la ha visto a menudo como causal de desempleo de la mano de obra local; sin embargo, tales posiciones extremas ameritan el desglose más detallado de la multiplicidad de factores en juego.

Al hablar de “migración calificada” se entiende un gran espectro de calificaciones, que van desde las capacitaciones técnicas hasta las especializaciones más sofisticadas. Al respecto, y haciendo un intento por unificar criterios, en el marco de la OECD¹ y EUROSTAT² se ha elaborado el llamado “Manual de Canberra” que define los recursos humanos empleados en ciencia y tecnología. Este manual incluye a personas con las siguientes características:

¹La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de la economía de mercado. Tiene sus raíces en 1948, en la Organización para la Cooperación Económica Europea que tuvo el objetivo de administrar el plan Marshall. En 1960 Canadá y Estados Unidos son invitados. Hoy la componen una veintena de países y tiene su sede en París.

²Oficina de Estadísticas de la Unión Europea

Aquellas que han completado con éxito estudios de tercer nivel en alguna de las áreas de ciencia y tecnología;

Aquellas que, aunque formalmente no puedan ser clasificadas como en el punto anterior, se encuentran empleadas en una ocupación de ciencia y tecnología, donde las calificaciones anteriores suelen ser requeridas.

Este manual utiliza criterios de calificación y ocupación donde los términos científicos y técnicos cumplen una gama amplia de formaciones que abarcan también las humanidades y las ciencias sociales.

En el caso de los inmigrantes calificados es importante tener en cuenta su inserción institucional, ya que pueden trabajar en compañías multinacionales, en empresas nacionales del país de recepción, en organismos internacionales, como profesionales independientes, en instituciones académicas de enseñanza o de investigación o pueden también ser estudiantes.

La tendencia moderna que apunta al fomento de la migración calificada trae importantes consecuencias en materia de seguridad social, especialmente en el tema de la previsión del trabajador inmigrante, punto al que se refiere, tal como se verá más adelante, el concepto de “portabilidad de fondos de pensión”.

A partir de la estimación de la calificación del trabajador migrante se pueden dar distintos fenómenos en el mercado laboral receptor: Si se trae un nivel de calificación similar a la mano de obra local, puede existir una especie de funcionalidad del trabajo del migrante desde el interés de ciertos empresarios preocupados básicamente por la reducción del costo salarial, puesto que el trabajo del extranjero es tomado a partir de una negociación individual con el trabajador donde tiene una preponderancia inusitada la parte del empleador. La corriente disparidad de fuerzas se conjuga en este caso con la precariedad de la posición del extranjero, a veces, un indocumentado. Ahora, si inciden aspectos que tienen que ver con la especial calificación profesional del extranjero o su

disposición a aceptar puestos de trabajos no atrayentes para los nacionales, la recepción es menos traumática ya que la necesidad del empleador apunta más bien a cubrir un sector desierto de la oferta que a ahorrar costos de contratación.

Lelio Marmora³, estudió las relaciones entre migraciones y mano de obra centrandó el análisis en la estructura social del trabajo y en la inserción laboral del migrante, lo que permite profundizar sobre las causas y los efectos de las migraciones laborales. En cuanto a la estructura social, apunta que la escasez estructural de mano de obra se da cuando, frente a requerimientos por parte de la sociedad, no existen suficientes disponibilidades. Y en cuanto a la inserción laboral del migrante diferencia los diversos efectos que esta produce en el país de destino.

El autor identifica las siguientes clases de inserciones laborales:

inserción supletoria, cuando la migración laboral suple la mano de obra local inexistente;

complementaria, cuando frente a una demanda no habría oferta, a pesar de existir una disponibilidad de recursos humanos, debido al rechazo de la mano de obra local a este tipo de trabajo;

la inserción es adicional cuando frente a una demanda no hay oferta de mano de obra local, debido a los bajos salarios ofrecidos;

competitiva, cuando frente a una demanda de fuerza de trabajo, existe disponibilidad y oferta de mano de obra local, pero aún así, el inmigrante se incorpora laboralmente;

independiente, si autogenera su empleo a través de actividades productivas; y

marginal, en aquellos casos en que la migración no se vincula con necesidades de la estructura social del trabajo sino a estrategias de sobrevivencia.

³ MARMORA, LELIO. 1997. Las políticas de migraciones internacionales. Oficina Internacional de Migraciones. Buenos Aires, Alianza Madrid. 210p. Pág. 137 y ss.-

Gino Romagnoli⁴ utiliza un criterio de análisis diferente según el cual podemos afirmar que las categorías de ingreso al país a la cual pueden aspirar los extranjeros están determinadas por la combinación de dos factores: a) el tiempo de permanencia en el país, y b) la actividad que desea o se autoriza realizar.

El tiempo de permanencia en el país determina las categorías migratorias, las cuales se clasifican en Categoría de Residente Permanente, Categoría de Residente Temporal y Categoría de No Residente.

La actividad que el extranjero realiza dentro de cada categoría permite determinar las Subcategorías migratorias.

A su vez, el establecimiento de Categorías y Subcategorías migratorias de ingreso permiten establecer en forma ordenada el procedimiento a seguir para obtener la autorización y visa de ingreso, autoridad ante quien se debe petitionar, documentación a acompañar, condiciones personales y profesionales del requirente, plazos y prórrogas de permanencia, posibilidad o no de cambiar de Categoría o Subcategoría, como así también derechos y obligaciones emergentes de la admisión de ingreso.

Sobre la base de plazo de duración y actividad a desarrollar, la mayoría de las leyes migratorias establecen tres tipos de Categorías migratorias: a) Residente Permanente; b) Residente Temporal, y c) Residente Transitorio.

Existe también una clase particular de migración, la del “trabajador migrante fronterizo” o aquella persona que se traslada de un territorio a otro para prestar servicios económicamente remunerados que a diferencia del migrante típico, mantiene su residencia en su país de origen y hasta eventualmente desarrolla tareas a ambos lados de la frontera.

⁴ ROMAGNOLI, GINO. 1999. Estudio comparativo de la legislación migratoria de los países del Cono Sur. Buenos Aires, OIM, 230p. Pág.56

Breve Tendencia Histórica.

Chile ha recibido una importante cantidad de inmigrantes desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la actualidad. Los inmigrantes europeos en su mayoría constituyeron parte importante de una política de reconocimiento de soberanía del Estado de Chile. No obstante, no sólo ha habido migración europea, sino también una importante migración árabe, que llegó a todo el continente desde Centroamérica hasta Chile, y se trató fundamentalmente de sirios, libaneses, jordanos y palestinos que en forma espontánea, no organizada por una política estatal han llegado a vivir en nuestro país. Posteriormente, aunque en menor medida, a partir de 1860 llegaron los primeros migrantes procedentes del Imperio Turco Otomano.

Una de las características del mundo contemporáneo es el papel central que juega el conocimiento en el crecimiento económico. Desde fines de la segunda guerra mundial los países desarrollados han puesto énfasis en estimular el desarrollo de la educación superior, de la formación de especialistas en cursos de postgrado y en desarrollar los sistemas de investigación. Los países en vías de desarrollo se propusieron objetivos similares, pero los resultados fueron desiguales. Si bien hubo durante la segunda mitad del siglo XX cambios sustanciales, la brecha entre países centrales y los periféricos con respecto al desarrollo científico y tecnológico es, en general, muy importante y sigue aumentando.

En los últimos años, el objetivo de consolidar fuertes masas críticas en áreas avanzadas, particularmente en las tecnologías de la información, se ha convertido en una meta prioritaria para todos los países. De acuerdo a los resultados de un seminario sobre “Movilidad Internacional de los altamente especializados” (OECD, 2001), en la mayoría de los países de la OECD las políticas orientadas a favorecer el tipo de migración calificada responden a tres objetivos: enfrentar carencias cíclicas de los mercados de trabajo, aumentar el “stock” de capital humano y alentar la circulación del conocimiento incorporado en los trabajadores altamente especializados y promover la innovación.

En prácticamente todos los países industriales se ha identificado escasez de oferta en ciertas especialidades de las ciencias básicas y de las ingenierías, pero muy particularmente en las tecnologías de la información y las disciplinas relacionadas, así como también en las actividades relacionadas con la salud.

Aunque en los grandes números, la migración internacional tiende a estar sobre representada entre los trabajadores no especializados o, al menos, entre los que se insertan en los trabajos de menor calificación, los migrantes calificados han tendido a crecer en las últimas décadas. Las políticas migratorias de los países receptores se orientan crecientemente hacia la migración selectiva buscando incorporar migrantes con altas calificaciones y cubrir déficits en determinadas formaciones. Se puede sostener que la competencia por la captación de este tipo de inmigrantes constituirá uno de los fenómenos relevantes del futuro próximo.

Pero además del problema de la demanda insatisfecha de calificaciones profesionales, la migración de extranjeros en la Unión Europea es vista también como una posibilidad de conservación del “Estado de Bienestar”. Así se ha planteado el tema de las migraciones de sustitución como una solución para los países con poblaciones en declive⁵.

América latina, hasta la década de 1960, continuó siendo un espacio de recepción de inmigrantes extra continentales, fundamentalmente europeos. Simultáneamente la región se caracterizaba por fronteras porosas donde los movimientos migratorios eran fuertemente regionales y en gran medida fronterizos. Durante la década de 1970, desde el punto de vista de la calificación de los migrantes, se puede decir que en la migración interregional predominarán los trabajadores rurales con bajo nivel educativo y los trabajadores que se dirigían hacia ocupaciones poco calificadas del mercado de trabajo urbano; sin embargo, siempre hubo intercambios de elites altamente educadas, en muchos casos, motivadas por exilios derivados de la inestabilidad política que

⁵ PELLEGRINO, ADELA. 2000. Migrantes latinoamericanos: síntesis histórica y tendencias recientes. En: SIMPOSIO SOBRE migración internacional en las Américas. 4 a 6 de Septiembre de 2000. San José de Costa Rica. CEPAL, Naciones Unidas. pp. sp.

caracterizó a la región. A partir de la década de 1980, la crisis económica mundial azota fuertemente a la región y se intensifica la emigración hacia los Estados Unidos y los países europeos, fenómeno que se hará dominante en la década siguiente.⁶

Globalización y Migraciones

Una de las características más importantes de la Globalización es su Multidimensionalidad. Desde este punto de vista, podemos definirla como la creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, políticos, ambientales, sociales, culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local.⁷

A la característica de multidimensionalidad, vale decir la concreción de este fenómeno en todas las áreas del quehacer humano, se unen el hecho de ser asincrónico en sus inicios, lo que significa que no todos los aspectos en los cuales se expresa se desarrollan de igual forma, por ejemplo el área económica y financiera está mas globalizada que el respeto y validación jurídica de los derechos humanos; y su carácter de multicéntrico, lo cual quiere decir que alcanza geográficamente a todos los rincones del mundo, en mayor o menor medida.

Históricamente, podemos dividir el proceso de globalización en 3 etapas⁸:

Primera etapa entre los años 1870 y 1913: se caracterizó este período por una gran movilidad de los capitales y de la mano de obra, y un auge comercial debido fundamentalmente a la reducción de los costos del transporte. Esta etapa se verá interrumpida por la primera guerra mundial.

Una fase de estancamiento, marcado por la primera guerra mundial, que hizo imposible retomar el proceso exitosamente llevado a cabo antes de ella.

⁶ PELLEGRINO, ADELA., obra citada., pp. sp.

⁷ CEPAL. 2002. Globalización y desarrollo, 1º ed. Santiago, Chile. 396p. Pág. 17

⁸ CEPAL, obra citada, Pag. 17

Segunda etapa entre 1950-1973: esta etapa posterior a la segunda guerra mundial, se caracteriza por el desarrollo de instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, y por la expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, la existencia de variados modelos de organización económica, y una movilidad de mano de obra y de capitales más bien limitada.

Tercera etapa correspondiente al último cuarto del siglo XX: las características más importantes son la gradual generalización del libre comercio, la presencia y expansión en todo el mundo de empresas transnacionales que en su conjunto funcionan como sistemas de producción integrados, expansión y movilidad de los capitales, y la tendencia a la homogenización de los modelos de desarrollo. Gradualmente, los cambios que se vienen sucediendo desde principios de siglo, han tenido su punto máximo en esta última etapa, en la cual la nueva estructura del comercio y la producción han tenido como protagonistas principales a las grandes empresas y conglomerados empresariales. El factor esencial indudablemente ha sido la liberalización del comercio, de los flujos financieros, de la inversión en los países en desarrollo, todo lo cual se ha acelerado en las dos últimas décadas, y que explica en buena parte que las inversiones extranjeras sean cada día más crecientes y que, por lo tanto la producción se piense a escala mundial.

El fenómeno de la globalización tiene como actores principales a los gobiernos, ya sean estos de países desarrollados o en vías de desarrollo, las empresas transnacionales, y las organizaciones civiles. Sin embargo “la dinámica de este proceso está determinada por una desigual participación de éstos, reservándose una influencia preponderante a los gobiernos de los países desarrollados y las empresas transnacionales, y en mucho menor medida a los gobiernos de países en desarrollo y las organizaciones de carácter civil. A esto se suma el hecho de que especialmente los gobiernos de los países desarrollados se reservan y ejercitan el derecho de acción unilateral y bilateral, y el derecho a participar en ámbitos regionales simultáneamente a los debates y negociaciones de carácter

global”.⁹ Quizás esto ha sido un factor decisivo en la configuración de uno de los rasgos fundamentales de este proceso, el cual es que, al lado de una creciente interdependencia entre las naciones, existen marcados rasgos de desigualdades que se proyectan principalmente en el área económica, caracterizada actualmente por una concentración de capital y de nuevas tecnologías en los países desarrollados, y profundas diferencias en la distribución del ingreso. Nuestro anexo número 1 grafica la evolución de las disparidades interregionales, pudiendo distinguir el PIB per capita por región, las disparidades interregionales expresadas en porcentajes y la participación regional en la producción mundial.¹⁰ En el anexo número 2 podemos observar, partiendo de los habitantes, como unidad de análisis, que las desigualdades internacionales aumentaron notablemente entre 1820 y 1910, se mantuvieron estables entre 1910 y 1960 y volvieron a crecer entre 1960 y 1992.¹¹ Este proceso estuvo marcado por la evolución de las disparidades internacionales, que se profundizaron en forma muy marcada hasta mediados del siglo XX. Durante el proceso de “estancamiento” de la globalización (1914-1950) esa tendencia coincidió con una mejoría de la distribución del ingreso dentro de los países, logrando frenar en parte las desigualdades internacionales. Esta mejoría responde tanto al establecimiento del Estado de Bienestar tanto en Europa como en Estados Unidos. “La tendencia a la ampliación de las desigualdades en las últimas décadas se debe no sólo a las existentes en el ámbito internacional, sino además al notorio incremento de ellas a nivel nacional”.¹²

Migraciones Internacionales y Globalización¹³

En la primera etapa de la globalización, vale decir desde fines del siglo IX y comienzos del siglo XX, los desplazamientos humanos jugaron un papel fundamental. El proceso se caracterizó por un desarrollo a la par tanto de los incipientes desplazamientos de capital

⁹ CEPAL, obra citada. Pág. 17

¹⁰ CEPAL, obra citada. Pág. 17

¹¹ MILANOVIC, BRANKO. 2001. *World Income Inequality the Second half of the 20th Century*. Whashington D.C. Banco Mundial. 71p

¹² CEPAL, obra citada. Pág. 17

¹³ Basado en CEPAL, obra citada.

y de la mano de obra. Hoy en día, sin embargo, si bien estamos en presencia de la liberalización más importante en el flujo de bienes y servicios, así como de los flujos de capitales, el movimiento de personas está sujeto a restricciones importantes, a tal punto de que pareciera estar excluida del proceso actual. Salvo la Unión Europea, que establece el libre movimiento, las barreras a la circulación de personas son cada vez más rígidas. “Las dificultades impuestas a la migración revela la asimetría que existe en una globalización que incluye individuos, poblaciones, países y regiones, y que por otro lado excluye a otros tantos”¹⁴,”y aún cuando el número de migrantes en relación con la magnitud de la población mundial siempre ha sido reducido, en otros momentos históricos representó una proporción mayor que el 3% actual”¹⁵. Sobre este punto volveremos más adelante en lo referido a las barreras y restricciones que impiden la movilidad.

Uno de los factores más importantes en el proceso de globalización es el aumento creciente del recurso tecnológico. Las tecnologías de la información están manifestando su impacto en varios campos que inciden, indirectamente, sobre la intensidad y orientación de las migraciones laborales. Los efectos de esta tendencia pueden ser de dos tipos:

La tecnología trae consigo un aumento en la complejidad de las labores de todo orden lo que perjudica ostensiblemente a la mano de obra no calificada, quedando este tipo de trabajadores relegados a puestos de trabajo generalmente despreciados por los nacionales del país receptor, debiendo aceptar muchas veces condiciones laborales que escapen al marco legal, sobre todo si se tiene en consideración el alto porcentaje de indocumentados.

El traslado de las cadenas productivas hacia países en desarrollo, por cuanto la nueva tecnología permite la instalación rápida y efectiva de empresas que aminoran en gran

¹⁴ CEPAL, obra citada, Pág 244

¹⁵ CEPAL, obra citada, Pág 244

cantidad los costos de su producción, especialmente los se que enfocan al capital humano.

“En una lógica puramente mercadista, las consecuencias antes expuestas deberían reducir las oportunidades económicas de los migrantes en los lugares de destino, y por esa vía debilitar los flujos, especialmente si se piensa en los flujos migratorios desde latinoamérica y el caribe a los Estados Unidos y Europa. Sin embargo, las diferencias objetivas en los niveles de vida, por un lado, y las aspiraciones subjetivas de los migrantes en sus lugares de origen, por el otro, son tan intensas que los flujos migratorios no se reducen y terminan afectando las condiciones políticas y sociales de los países de destino”¹⁶. Lo anterior no es más que la confirmación de que las barreras políticas y sociales que se imponen al libre movimiento a lo menos se contradicen con la tendencia natural que establece la circulación sin restricciones para bienes, servicios y personas.

Barreras y restricciones que impiden la movilidad.

Mencionábamos anteriormente que una de las grandes contradicciones que existen en el actual proceso de globalización es el establecimiento de restricciones que impiden la movilidad. Se pueden definir éstas como todas aquellas medidas que restringen la circulación de las personas entre distintos países.

Los factores que inciden en el establecimiento de estas barreras pueden ser las siguientes¹⁷:

La protección de la soberanía territorial, lo cual restringe el ingreso y endurece las condiciones de permanencia de migrantes en el país receptor.

¹⁶DI FILIPPO, ARMANDO. 2000. Impacto de la globalización y de los acuerdos de integración regional en países de origen y destino de corrientes migratorias. En: SIMPOSIO SOBRE migración internacional en las Américas. 4 a 6 de Septiembre de 2000. San José de Costa Rica. CEPAL, Naciones Unidas. pp. sp.

¹⁷CEAPAL, obra citada. Págs. 248-249

La protección de los mercados laborales nacionales, no obstante que sólo por excepción los migrantes llegan a constituir una fracción realmente importante que pueda hacer peligrar la estabilidad laboral de los nacionales del país receptor, sin perjuicio de que la presencia de indocumentados presione las condiciones laborales y salariales a la baja.

Las políticas migratorias de la mayoría de los países se arregla de acuerdo a criterios unilaterales, o en el contexto de negociaciones que aludiendo al tema migratorio, lo tratan en forma atingente y complementaria a las negociaciones comerciales. No obstante, en el decenio de 1990 se materializaron iniciativas regionales de concertación sobre la materia. En el Simposio sobre Migración Internacional en las Américas se reconoció explícitamente que “la migración internacional constituye un fenómeno multifacético que involucra a todos los países y debe ser objeto de diálogo y cooperación internacional”¹⁸. Dentro de este contexto, y en la vía de flexibilizar la normativa migratoria, los acuerdos intraregionales son fundamentales. Armando di Filippo nos señala que existen dos tipos de acuerdos:

Acuerdos en que el tema de la migración internacional queda excluido. No se constituyen como acuerdos de “integración” sino más bien son alianzas comerciales que, generalmente y sobre todo cuando se trata con países en desarrollo, como serían países latinoamericanos o del caribe, tienen el carácter de verticales, quedando de manifiesto las diferencias en los niveles de vida que “agudizan los problemas políticos y sociales que derivan de la migraciones”¹⁹. Ejemplo de este tipo de acuerdos sería el ALCA (Área de Libre Comercio de Las Américas).

Acuerdos que deben abordar el tema de las migraciones laborales, por cuanto se plantean como acuerdos de integración, en los cuales es deseable la libre movilidad del factor trabajo, todo dentro del desarrollo de una dimensión cultural y social que estimula la comunidad de los países parte. Ejemplos de este tipo acuerdos son el MERCOSUR

¹⁸CEPAL, obra citada. Págs. 248-249

¹⁹DI FILIPPO, ARMANDO, obra citada.

(Mercado Común del Sur), CAN (Comunidad Andina de Naciones), CARICOM (Mercado Común de la Comunidad del Caribe), MCCA (Mercado Común Centroamericano).

La Unión Europea en esta materia, garantiza los derechos de migrar y radicarse. Los artículos 48 a 51 del tratado constitutivo de la CEE muestran la regulación fundamental que establece la libre circulación de trabajadores en la Unión. Cabe destacar el contenido del artículo 48.2 al afirmar que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Asimismo, el artículo 48.3 matiza ese derecho de la libre circulación a:

Responder a ofertas efectivas de trabajo.

Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados Miembros.

Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo.

El anexo número 3 nos muestra una tabla comparativa de las acciones que nuestros acuerdos han previsto en el área social y cultural, tomando como referencia los compromisos e instrumentos adoptados en la Unión Europea²⁰.

En esta misma senda, pero independientemente de la adscripción a acuerdo alguno, Sudamérica ha tratado el tema migratorio en otros instrumentos. La Declaración de Lima²¹ enfatiza el papel cumplido por los movimientos migratorios como “vectores de cambio, de vinculación intercultural, y de dinamización de los procesos de desarrollo” y recalca que “el respeto de los derechos humanos de los migrantes constituye una preocupación básica para los países de la región”

²⁰ DI FILIPPO, ARMANDO, obra citada

²¹ La Declaración de Lima es producto del Encuentro Sudamericano sobre Migraciones, Integración y Desarrollo. Convocó a Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela en Julio de 1999

Algunos datos relativos a los flujos Migratorios

Determinar las tendencias migratorias a nivel mundial es una tarea de extrema dificultad:

Muchos países carecen de sistema de registro de los movimientos migratorios.

Los países que sí tienen registros no siempre procesan y publican sus resultados.

Entre los países que producen esta información, los criterios y alcances que se utilizan son dispares.²²

Por otra parte existe diversidad de fuentes estadísticas, las cuales responden a distintos criterios y prioridades. Existen fuentes administrativas, tales como registros de extranjeros con permiso de trabajo, registro de personas visadas, entre otras. En otros países se realizan conteos fronterizos, los cuales entregan una gran precisión en cuanto al número y momento de entrada y salida del país. En otros se privilegian los censos y otro tipo de encuestas, que si bien nos muestran el número de inmigrantes presentes en el país, no logran reflejar con exactitud el momento de entrada, y no nos dan un conteo de nacionales en el exterior. En Chile, el censo es la herramienta más importante en este aspecto, constituyéndose en la medida más homogénea y completa sobre el número de migrantes. El último practicado fue en el mes de Abril de 2002. Específicamente, en cuanto a la recolección de datos relativos a flujos de personas hacia y desde Chile, éste no nos aporta lo suficiente, por cuanto a través de él sólo se puede apreciar la comparación entre el lugar de residencia habitual actual y el de residencia que la persona tenía 5 años antes, es decir, en 1997, por lo tanto, las personas que por ejemplo llegaron al país hace 2 años no figuran en estos resultados, y en consecuencia lo único que podemos obtener del Censo son resultados muy parciales, que apenas nos pueden esbozar una tendencia, pero jamás datos que se acerquen en forma fidedigna a la

²² ROIG VILAS, MARTA (s/a) Migraciones Internacionales y Globalización: Tendencias Migratorias Internacionales y Regionales, 1965-2000. (en línea), Nueva York, División de Población Naciones Unidas, <<http://lanic.utexas.edu/~sela/AA2K2/ESP/docs/Coop/migra/spsmirdi6-02/spsmirdi6-9.htm#graf4>>(consulta: 28 Agosto 2003.)

realidad. Por otra parte, no existe aún un registro de cuántos chilenos residen fuera del país.²³

La División de Población de las Naciones Unidas ha hecho, pese a las dificultades, un recuento de migrantes internacionales desde 1965²⁴. El anexo número 4 nos muestra que el número de migrantes internacionales aumentó de 75 millones en 1965 a 120 millones en 1990, vale decir hubo un crecimiento del 1.9% anual, tasa que es levemente superior que la de crecimiento total de población mundial, que ascendió a 1.8% en el mismo período. Cifras de la Organización Internacional del Trabajo señalan que de los 120 millones de migrantes actuales, entre 80 y 97 millones corresponde a trabajadores migrantes. Esta aceleración ha continuado en la década de los noventa. Los principales países receptores (Australia, Canadá, Estados Unidos y los países de la Unión Europea, excepto Francia), han visto aumentar el número de inmigrantes, y en Estados Unidos la tasa creció en un 3.7% anual entre el año 1990 y el año 2000.²⁵

En cuanto a la diversificación de orígenes y destinos, los datos muestran que el número de países que cuenta con una elevada proporción de inmigrantes ha aumentado. En 1965 el 90% de los inmigrantes vivía en uno de los 32 principales países receptores. En 1990 el 90% de los inmigrantes se repartía en 51 países. Por otra parte, en 1965, 12 países tenían más del 15% de la población nacida en el extranjero, en 1990, el total había pasado a 26. Respecto del origen de las corrientes migratorias, no se han diversificado sistemáticamente, ya que un alto porcentaje sigue llegando de pocos países.²⁶

En 1990, los países de la OECD hospedaban a casi el 50% de los inmigrantes internacionales. Estados Unidos sigue siendo uno de los países receptores más importantes, debiendo desarrollar normativas y políticas migratorias inspiradas por el

²³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS. 2003. Resultados Generales del Censo de 24 de Abril de 2002 (en línea) Santiago de Chile.<www.ine.cl> (consulta 25 Agosto 2003)

²⁴ Marta Roig Vilas, obra citada.

²⁵ Marta Roig Vilas, obra citada

²⁶ Marta Roig Vilas, obra citada

propósito de controlar la migración indocumentada, lo cual se concrete en una corriente inmigratoria más ordenada a través de la cual se combata el tráfico de personas.

Por otra parte, el movimiento migratorio se ha polarizado, en tanto, si bien la mayoría de los migrantes sigue siendo no calificado o menos calificados que la población del país receptor, la demanda de trabajo se orienta a la mano de obra calificada. Además el proceso de globalización ha incidido en un constante crecimiento de las empresas multinacionales, las cuales conciben como un factor de su organización laboral la movilidad y rotación de personal altamente calificado, lo que a su vez puede incluso influir en la elaboración de políticas migratorias establecidas por los distintos países. A esto se suma el hecho de que los acuerdos comerciales internacionales “favorecen únicamente el movimiento de personal calificado”²⁷.

En conclusión, tenemos que ha habido un aumento de los movimientos migratorios, no habiendo una diversificación importante en cuanto a los países de origen, sí en los receptores, no obstante que los países tradicionales en materia de recepción de migrantes, especialmente Estados Unidos, siguen siendo los preferidos a la hora de migrar.

Por otra parte, vemos que el flujo migratorio está cada vez más segmentado, vale decir orientado a la migración calificada. La mano de obra calificada forma parte de un mercado de trabajo global y goza de grandes ventajas en cuanto a la movilidad.

El Registro de Chilenos en el Exterior.²⁸

El Registro de Chilenos en el Exterior es un proyecto conjunto del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y la Dirección para la Comunidad de Chilenos en el Exterior (DICOEX) del Ministerio de Relaciones Exteriores, con la colaboración de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Se trata de un proyecto pionero

²⁷Marta Roig Vilas, obra citada

²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2003. Registro de Chilenos en el exterior, (en línea) Santiago de Chile, <www.ine.cl>, (consulta: 25 Agosto 2003)

en el mundo, que podrá ser replicado en el resto de los países interesados en conocer el destino de sus nacionales en el exterior y buscar una vinculación con ellos. Sus principales características son:

Es un registro voluntario

Confidencial

Basado en un cuestionario de 23 preguntas para ser realizadas durante el mes de Septiembre de 2003. debido al éxito de la encuesta, se extendió el plazo hasta el 31 de Octubre. Fueron llamados a responderlo todas las personas de origen chileno y que residan más de 6 meses fuera de Chile. El formulario podía ser llenado personalmente o a través de un encuestador. Otra alternativa fue la impresión directa desde la página web, para responderlo y entregarlo personalmente en el consulado respectivo.

Está dividido en dos etapas. La primera, que corresponde a la recién realizada, y que comprende al empadronamiento voluntario de chilenos en Centro y Sudamérica. En una segunda fase de este proyecto inédito en América Latina serán empadronados en el 2004, los chilenos e hijos de chilenos residentes en Europa, África, Asia, Oceanía, El Caribe y América del Norte.

El objetivo central es conocer exactamente cuántos chilenos residen en el exterior; en qué países está la mayor población chilena migrante; cuál es su estado civil, su situación demográfica. Más específicamente, conocer cuáles son sus problemas y necesidades, su estabilidad laboral; precisar cuál es el grado de interés por participar en las elecciones presidenciales. El Registro proporcionará una importante base de datos y una estadística confiable sobre la población chilena migrante. Chile contará por primera vez con una radiografía sociodemográfica de nuestros connacionales, la cual servirá tanto a entidades públicas como privadas y autónomas para diseñar sus políticas de atención a las necesidades más sentidas de los chilenos en el exterior. Sin duda alguna que este es un importantísimo paso en la búsqueda de datos que nos orienten de manera certera en

cuanto al movimiento de personas, a la par que contribuirá en la toma de importantes decisiones, como el derecho a sufragio.

Las Nuevas Areas en los Flujos de Migrantes

Estados Unidos, Canadá y Australia han sido tradicionalmente áreas de inmigración. Sin embargo, y como mencionábamos anteriormente, los destinos han experimentado una diversificación, especialmente en las últimas décadas del siglo XX. Ejemplos de esta diversificación, han sido entre otros, Japón y el Golfo Pérsico.

El caso de Japón. Este país ha sido considerado como un país excepcional en el terreno de la inmigración, ya que nunca había tratado de introducir trabajadores extranjeros ni siquiera en los momentos de mayor crecimiento económico en los años sesenta. El gobierno japonés declaró en su primer “programa básico de empleo” de 1967 que no iba a permitir la entrada al país de trabajadores extranjeros, con el fin de proteger el mercado laboral nacional. Sin embargo entre 1980 y 1990 la rígida política dirigida a trabajadores migrantes tuvo que cambiar producto de un notable incremento en el número de trabajadores ilegales, lo cual en conjunto con la escasez de mano de obra en las ciudades, termino por configurar un nuevo sistema migratorio. Ante la nueva realidad que vivía el país las autoridades debieron flexibilizar su política migratoria. En el “sexto programa básico de empleo” de 1988 se introdujeron importantes cambios que básicamente consistían en aceptar cierta categoría de trabajadores calificados, manteniendo eso sí una actitud reticente a la mano de obra no calificada. Japón se enfrenta hoy a un serio problema de falta de mano de obra. Aún así, el gobierno sigue controlando el flujo de la inmigración interviniendo directa e indirectamente en el mercado de trabajo para la contratación de inmigrantes con el objeto de dirigirla a los focos de necesidad laboral, vale decir, el control de las migraciones está sujeto a una fuerte política centralizada. Hoy en día el principal número de inmigrantes lo constituyen los coreanos, y desde 1987 gradualmente se ha producido un aumento considerable del número de inmigrantes sudamericanos y chinos.

Golfo Pérsico. El desarrollo de las economías de los países ricos en petróleo de Oriente Medio ha provocado un fenómeno migratorio de gran envergadura fundado en la fuerte demanda de mano de obra lo que favoreció el contingente de trabajadores provenientes sobre todo del sur y del sureste de Asia, y de los países árabes del entorno (Egipto, Siria, Jordania y Yemen). En los países del Golfo el desnivel de proporciones entre población autóctona y la fuerza extranjera ha sido la más alta del mundo alcanzando ésta última un 76% en los Emiratos Árabes Unidos. Esto llevó a que en la década de los 80 los países de la región pusieran en marcha el proyecto "carcelero", en virtud del cual un contratista empleaba a los trabajadores que estimaba convenientes sólo por el período de duración del proyecto; una vez finalizado éste, devolvía a los contratados a su país de origen. Así se trataba de evitar el proceso de "aculturación inversa" que daba por resultado una pérdida de la identidad nacional árabe, sin embargo acarrea algunos perjuicios como por ejemplo, el escaso flujo tecnológico. Respecto de los flujos migratorios, existe una gran incertidumbre en cuanto a su registro por la inestabilidad política que existe en la zona.

Normas Jurídicas y migración laboral

Según el art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, toda persona tiene derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de trabajo, que incluye el derecho a salir del propio país para emigrar. Esta garantía internacional, sin embargo, no se acompaña de un correspondiente derecho a entrar a otro país como inmigrante, pues no existe un derecho a la inmigración correlativo a la libertad de emigrar²⁹.

Nuestra Constitución Política de 1980 reconoce la libertad de emigrar³⁰, pero, al igual que en la Carta de 1948, no reconoce a los extranjeros un derecho de instalarse en Chile

²⁹ STALKER PETER. 1995 *Les Travailleurs Immigrés*. Ginebra, OIT., 330p. Pág 153.

³⁰ Art. 19 nº 7 letra a) "El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;..."

para trabajar, ni dedica atención expresa al tratamiento de la inmigración; es decir, no señala la Constitución normas específicas de política migratoria. Al respecto cabe señalar que las disposiciones relativas a la nacionalidad y ciudadanía tratan de los requisitos necesarios para ser chileno y ejercer derechos políticos, considerando al extranjero no en cuanto tal para desarrollarse en Chile, sino como a un chileno más.

El que la Constitución no se detenga en la condición de inmigrante no quiere decir que sea indiferente para estudiar el tratamiento que a este grupo humano da nuestra legislación. En esta materia debe hacerse una distinción principal: una cosa es la regulación de los requisitos legales para entrar al país –política migratoria- y otra es la regulación de los derechos y condiciones que se ofrecen y que se garantizan al ciudadano extranjero – derecho de extranjería-.

Dentro del derecho de extranjería se está diferenciando cada vez más la problemática genérica del extranjero y la problemática específica del extranjero como trabajador o “inmigrante”. Este concepto de inmigrante, que originalmente fue sociológico o estadístico hoy se ha vuelto uno de tipo jurídico preciso.

Así entendido el inmigrante, sus derechos derivan de un denominado “triple status”:

Como persona humana.

Como extranjero residente en el país.

Como trabajador o sujeto del Derecho del Trabajo.

De esta forma, a partir de esta triple dimensión, el reconocimiento se ve enriquecido considerablemente en su calidad de trabajador en relación con los valores, principios y derechos que configuran, desde la Constitución y desde la legislación, la tutela del trabajo. Si nuestro sistema jurídico no es sólo para chilenos, tampoco lo es sólo para trabajadores chilenos.

Los extranjeros que se encuentren en Chile son titulares de los derechos que pertenecen a las personas en cuanto tales, no sometidos a la condición de nacionalidad ni disponibles por el legislador y cuya titularidad y ejercicio corresponden también a los extranjeros. Así también se reconoce en el derecho comparado cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre del 2000 incluye una serie de derechos de dignidad y libertades cuyo reconocimiento no está condicionado a la ciudadanía europea.

Sin embargo, y en aplicación del “triple status” el goce de estos derechos y libertades puede atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen sus leyes internas en cuanto sean derechos que no pertenezcan a la persona humana como tal, sino al ciudadano y respetando en su caso los tratados internacionales³¹.

Tradicionalmente el derecho de extranjería había dado prevalencia al principio de soberanía nacional frente al principio de la igualdad entre los seres humanos, sin embargo la evolución de los sistemas constitucionales y el desarrollo de la normativa internacional de los derechos humanos, extranjería y migración ha invertido esta tendencia relativizando las diferencias entre nacionales y extranjeros.

Ello implica un nuevo juego del principio de igualdad y no-discriminación respecto a los extranjeros el cual se sustenta en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por Chile. A tal efecto, la problemática específica de la inmigración ha sido fundamental. Desde luego, no se trata de un mero problema de igualdad en los derechos laborales o en las condiciones de trabajo, aunque esta igualdad tenga una especial trascendencia para el inmigrante, sino de asegurar de forma más general un estatuto del inmigrante dentro y fuera del lugar de trabajo que le acerque a lo que hoy se conoce como derechos de ciudadanía no estrictamente de participación política. Para ello la contribución del Derecho Internacional del Trabajo ha sido muy relevante, pues en él es

³¹ Al respecto en esencial tener presente el Art 5º inc 2 de la Constitución Política chilena, según el cual deben entenderse incorporados a la legislación local los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

donde se ha mostrado particularmente “la tensión creciente entre el derecho soberano de cada Estado de proteger los intereses del mercado de trabajo interno y los derechos fundamentales de los trabajadores que, por diversos motivos, se vieron forzados o eligieron emigrar en busca de empleo”³²

El derecho de inmigración y extranjería dominan la regulación del acceso del extranjero al mercado del trabajo. El Derecho del Trabajo entra en juego una vez accedido el inmigrante al mercado laboral y adquirida la condición de trabajador en virtud del correspondiente contrato de trabajo. En estos derechos, la ciudadanía debe carecer, en principio, de relevancia pues el individuo trabajador trasciende al ciudadano.

En el caso chileno, el Código del Trabajo, requiere que al menos el 85% de los empleados de una empresa sean ciudadanos chilenos. Sin embargo, no se incluyen en la limitación a los extranjeros con más de cinco años de residencia, a las personas casadas con ciudadanos chilenos y a los técnicos que no puedan ser reemplazados por chilenos. Tampoco se aplica esta limitación a las empresas que emplean a 25 trabajadores o menos³³. En este sentido, la legislación vigente, al margen de lo expuesto, no prevé ninguna medida de preferencia de los chilenos frente a los extranjeros reconociendo el trato igual en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad y empleo.

Los instrumentos internacionales se han preocupado por la peor situación en que se encuentran los inmigrantes como grupo perjudicado también en sus condiciones de trabajo. Es así como en el marco específico de la OIT, el Convenio N° 97, relativo a los trabajadores migrantes, ratificado por Chile, reafirma este principio de igualdad de trato, aunque “siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas”³⁴

³² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1999. Trabajadores migrantes, Estudio General de la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones para la 87 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, (s/ed) Ginebra, 38p, Pág. 12.

³³ Código del Trabajo, Capítulo III, “De la nacionalidad de los trabajadores”

³⁴ OIT, Convenio 97, sobre los trabajadores migrantes (revisado) Art. 6.1 letra a), 1949, Ginebra.

Esta limitación choca con el principio de la igualdad que postula un trato equivalente a regir también en los tratamientos normativos de origen convencional y en los actos y decisiones empresariales. Es así como los instrumentos internacionales posteriores, tal como el convenio 143 de la OIT prohíben toda discriminación en perjuicio de los trabajadores migrantes, hablando de una “...política nacional destinada a promover y a garantizar, por los medios adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas en condición de trabajadores migrantes...”³⁵ Con ello se deja en claro la ilegitimidad de introducir diferencias entre trabajadores nacionales y extranjeros por la vía de los pactos individuales.

Normas Internacionales en Materia de Migraciones Laborales.

Instrumentos de las Naciones Unidas sobre Migraciones Internacionales.

Tras un largo proceso de redacción, el 18 de diciembre de 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, que reconoce y se inspira en los convenios ya existentes de la OIT, e incluso más allá, por cuanto extiende su protección a los trabajadores migrantes que residen ilegalmente en el país de empleo. Y aunque su objetivo a largo plazo es desalentar y acabar eliminando las migraciones clandestinas, al mismo tiempo trata de proteger los derechos fundamentales de los migrantes atrapados en estas corrientes migratorias, teniendo en cuenta su situación especialmente vulnerable. Además es destacable el carácter de “indivisible” del instrumento, al no poder los estados miembros excluir de su aplicación a ninguna

³⁵ OIT, Convenio 143, sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) Art. 10, 1975, Ginebra.

categoría de trabajador migrante, así como la inclusión de tipos de trabajadores excluidos de los instrumentos de la OIT.

Sin embargo, esta nueva Convención ha recibido una acogida bastante tibia por parte de los Estados. Si bien se adoptó en 1990, recién el 1 de Julio del año 2003³⁶ tuvo lugar su entrada en vigor al alcanzarse las 20 ratificaciones necesarias según el Derecho internacional Público³⁷. Además, como ocurre con los instrumentos de la OIT, la mayoría de los Estados parte en esta Convención suelen ser países de origen de migrantes que tienen poca influencia sobre las condiciones de vida y de trabajo de la mayoría de los trabajadores que emigran, aunque tengan un papel muy importante en la protección de los migrantes antes de que salgan y cuando regresan. En 1998, se puso en marcha en Ginebra la Campaña Mundial por la Ratificación de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios. Sin perjuicio de lo anterior, existen otros instrumentos de las Naciones Unidas en relación con la protección de los migrantes.

La Convención de 1990 es el único instrumento de las Naciones Unidas que se refiere directamente a los trabajadores migrantes, pero la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es también pertinente aunque en menor medida. Esta Convención, que es actualmente una de las más ampliamente ratificadas entre las convenciones de las Naciones Unidas que se refieren a los derechos humanos, obliga a los Estados parte a prohibir toda discriminación basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico contra todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado y a establecer sanciones legales por actividades basadas en tal discriminación. Sin embargo, esta Convención señala en su artículo 1.2 de su Parte I: “Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”, punto que ha sido reiterado en muchas ocasiones por parte de los

³⁶ AMNISTIA INTERNACIONAL. 2003. 30 de junio de 2003 Entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (en línea) <<http://www.es.amnesty.org/>> (consulta. 24 Agosto 2003)

³⁷ Chile ha ratificado esta convención con fecha 24 de septiembre de 1993. Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos. ONU

miembros de la Comisión establecida para supervisar la aplicación de dicha Convención. En el sentido de que la discriminación basada en la nacionalidad, discriminación a la que por definición los trabajadores migrantes son muy vulnerables, no queda prohibida por la Convención. Sin embargo pensamos que interpretándola a partir de su espíritu y su claro tenor literal, esas distinciones deberían atender sólo a los derechos políticos.

Otros instrumentos de las Naciones Unidas, aunque no tengan pertinencia directa para los trabajadores migrantes, tienen una importancia potencial para protegerlos de la discriminación y de la explotación basadas en razones distintas de su nacionalidad. Entre estos instrumentos, cabe destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); todos instrumentos internacionales ratificados por Chile.

Instrumentos Regionales.

En los últimos años, la cuestión de los flujos migratorios internacionales ha figurado en un lugar destacado de los órdenes del día de muchos organismos regionales y subregionales. En la mayor parte de las regiones del mundo existen instrumentos e instituciones cuyo objeto es reglamentar la entrada, estancia, trato y salida de los trabajadores no nacionales.

En Europa, los instrumentos del Consejo de Europa son los más avanzados en el campo de las migraciones laborales. Algunos tratan de los derechos humanos en general, en tanto que otros están dirigidos específicamente a los migrantes y los trabajadores migrantes. Entre ellos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y la Carta Social Europea (1961) con su Protocolo adicional (1988), comprenden cierto número de disposiciones en relación con las personas que viven y trabajan en países de los que no son nacionales.

Sin embargo, estos instrumentos -- como todos los del Consejo de Europa -- sólo se refieren a los migrantes que son ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa, y su aplicación está condicionada a la reciprocidad.

Entre los instrumentos del Consejo de Europa que tratan específicamente de los migrantes y de los trabajadores migrantes, se debe mencionar en particular el Convenio europeo sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes (1977), que se aplica a los nacionales de una Parte Contratante autorizados por otra Parte Contratante a residir en su territorio para ejercer en él un empleo remunerado.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha desarrollado también un importante cuerpo de normas regionales, con vistas a reglamentar las corrientes migratorias intraregionales y el trato que se dispensa a los trabajadores no nacionales. A ese respecto, se ha centrado fundamentalmente en los aspectos económicos de la migración y de la integración dentro de la región, aunque haya dedicado una atención creciente a los aspectos de carácter más social.

En nuestro continente americano, las normas regionales en el campo de los derechos humanos en general son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que condenan la discriminación. En América Latina, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) ha adoptado un acuerdo en 1995 destinado a regular las migraciones dentro de la región, mientras que la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó por medio de la Decisión 116 de 1977 el Instrumento Andino de Migración Laboral, y posteriormente, en su Decisión 397 de 1996, creó la Tarjeta Andina de Migración (TAM) a fin de facilitar los trámites migratorios dentro de la subregión. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) trata sólo marginalmente de las cuestiones relativas a las migraciones, en su Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte. El TLC permite la entrada

de una determinada cuota de inversores, de personal altamente calificado y de ejecutivos de las empresas multinacionales entre los Estados firmantes.

Normas de la OIT relativas a migraciones laborales.

El objetivo que persigue la Conferencia Internacional del Trabajo al adoptar instrumentos sobre los trabajadores migrantes es doble. Por una parte, se trata de reglamentar las condiciones de migración y, por otra, de proteger específicamente una categoría muy vulnerable de trabajadores. Para ello, la acción normativa de la OIT destinada específicamente a los trabajadores migrantes se concentra en dos direcciones principales.

En primer lugar, la Conferencia Internacional del Trabajo ha consagrado el derecho a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en el campo de la seguridad social al mismo tiempo que trataba de instituir un sistema internacional de conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición para los trabajadores que trasladan su residencia de un país a otro. A esos efectos, se han adoptado 4 convenios y 2 recomendaciones: el Convenio 19 y la Recomendación 25 sobre accidentes del trabajo, en el año 1925; el Convenio 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes en el año 1935; el Convenio 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social) en 1962, y el Convenio 157 y la Recomendación 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, respectivamente de 1982 y 1983. El objetivo de la Conferencia al adoptar estas normas tendía a limitar progresivamente el alcance de ciertas disposiciones restrictivas fundadas en el modo de financiamiento de la seguridad social y a atenuar los efectos de la reciprocidad en favor de los países en vías de desarrollo.

En segundo lugar, la Conferencia ha tratado de buscar soluciones globales a los problemas con que se enfrentan los trabajadores migrantes adoptando instrumentos a ese efecto. En 1939, el Convenio 66 y la Recomendación 61 sobre los trabajadores migrantes así como la Recomendación 62 sobre los trabajadores migrantes (colaboración

entre Estados). Sin embargo, el Convenio número 66 no ha entrado nunca en vigor por falta de ratificaciones. Por eso se procedió a su revisión en 1949, fecha en la que se adoptaron el Convenio 97 y la Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes. En 1955, la Conferencia adoptó la Recomendación 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados). Finalmente en 1975, la Conferencia completó los instrumentos de 1949 por medio de la adopción del Convenio 143 y de la Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).

Por ser los instrumentos más importantes, en este trabajo se acompañarán los Convenios números 97 y 143, insertos en el anexo número 5.

Conviene recordar además que, con excepción de los ya señalados instrumentos sobre trabajadores migrantes y otras categorías especiales, los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo son de aplicación general, es decir, abarcan a todos los trabajadores, sin condiciones de ciudadanía, aunque desde los orígenes de la Organización se consideró necesario adoptar instrumentos que protegiesen concretamente a los trabajadores migrantes. Es por ello, que la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones ha citado recientemente en relación con los trabajadores migrantes y durante los procedimientos de control, instrumentos que no se refieren a ellos específicamente, por ejemplo: el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (número 26); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (número 29); Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (número 81); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87); Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (número 88); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (número.98); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (número 100); Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (número 103); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, entre otros.

CAPÍTULO II: SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL

La seguridad Social

La Organización Internacional del Trabajo ha definido Seguridad Social como “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición o en una fuerte reducción de sus ingresos a causa de enfermedades, maternidad, accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”³⁸.

Según esta misma fuente, los principios de la seguridad social son:

Solidaridad: El aporte al sistema de seguridad social se realiza según la capacidad contributiva y se reciben prestaciones de acuerdo a las necesidades específicas;

Universalidad en sus dos vertientes; la objetiva, es decir, la seguridad social deberá cubrir todas las contingencias a las que el hombre está expuesto, y la subjetiva, según la cual todas las personas deben estar amparadas en la seguridad social, principio que deriva de la naturaleza de Derecho Humano Fundamental que tiene;

Igualdad: En principio, todas las personas debieran ser amparadas igualitariamente ante una misma contingencia, sin embargo la consideración de las desigualdades sociales y económicas adecua el sistema a efectos de que la prestación cubra en forma digna el riesgo en cuestión;

³⁸Citado en EQUIPO DE REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES EN EL BANCO DE PREVISION SOCIAL DEL URUGUAY. 2002. Seguridad Social en el Mercosur y Chile, las incidencias de los procesos de integración sobre los sistemas nacionales. 99p. Pág. 8.

Suficiencia: La prestación debe cubrir en forma plena la contingencia de que se trata;

Participación: La sociedad debe involucrarse en la administración y dirección de la seguridad social;

Obligatoriedad, sin perjuicio de que pueda aceptarse la cobertura optativa y voluntaria como complemento de los regímenes obligatorios indispensables. En definitiva, los ahorros tiene un destino forzoso a la previsión, lo que en los sistemas privados se refleja en el principio de la intangibilidad de los fondos, es decir, estos no pueden disponerse sino hasta que se cumplan los requisitos legales para ello.

De acuerdo a lo señalado por el profesor Hector Humeres Noguera³⁹, este conjunto de normas tiene los siguientes objetivos

Reglar el funcionamiento institucional de los servicios públicos de la seguridad social;

Reglar las relaciones entre todos los servicios con las entidades empleadoras para los efectos de la afiliación de los trabajadores y del integro de sus cotizaciones;

Reglar las relaciones entre los mismos servicios con las entidades empleadoras o con los trabajadores, y

Resolver los conflictos que pudieren suscitarse entre los servicios con las entidades empleadoras o con los trabajadores, ya sea por vía administrativa o jurisdiccional (Superintendencia de Seguridad Social, Superintendencia de AFP y Controlaría General de la República).

En cuanto a las fuentes formales de la Seguridad Social, esencialmente éstas son:

³⁹ HUMERES MAGNAN, H. y HUMERES NOGUER, H. 1994. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 14º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 696p. Páginas 443-444

La Constitución política , que consagra el derecho a la seguridad social a través del artículo 19 Número 18, estableciendo la supervisión del Estado radicada en el adecuado ejercicio del derecho;

La ley y los convenios internacionales; decretos y reglamentos;

La jurisprudencia de las entidades fiscalizadoras

La jurisprudencia judicial.

Al mismo tiempo, la relación jurídica colectiva existente entre la entidad empleadora y el sindicato, a raíz de la negociación colectiva, también se configura como una importante fuente, ya que en base a ella se generan importantes normas que crean, complementan o mejoran los beneficios existentes.⁴⁰

Los sistemas de Previsión Social

Los sistemas de previsión social se configuran como el aspecto más importante de la seguridad social. Para efectos de nuestro trabajo, y de acuerdo a lo señalado por Carlos Sabino⁴¹ la previsión social se puede definir como el conjunto de normativas e instituciones que se establecen para garantizar el acceso por parte de los trabajadores a una pensión que les garantice su supervivencia con una calidad de vida socialmente aceptable al término de su vida laboral.

Los sistemas de financiamiento de la seguridad social, y que básicamente hacen frente al problema de la previsión son principalmente el sistema de reparto y de capitalización individual.

El sistema de reparto

El sistema de reparto se basa en los siguientes principios:

⁴⁰ Hector Humeres Magnan y Hector Humeres Noguera, obra citada, Páginas 443-444

⁴¹ SABINO CARLOS. 1997. Los sistemas de Previsión Social: Un ejercicio de Simulación. Revista Venezolana de Ciencias Sociales (4): 155-168.

Solidaridad. Este principio se concreta en dos aspectos:

La existencia de un fondo común cuyo contenido son todos los aportes de las personas laboralmente activas. Al cumplirse los requisitos que la ley determina el aporte puede ser retirado.

La transferencia intergeneracional de fondos, que puede ser explícita, vale decir, los aportes que los trabajadores hagan en el presente no cubren sus necesidades futuras sino los gastos de quienes a la fecha estén retirados, por lo que los beneficios que se requieran a futuro sólo pueden ser cubiertos en la medida que exista una generación siguiente que haga el aporte respectivo, y puede ser implícita, cuyo rasgo distintivo es que el beneficio que recibe el afiliado no depende de sus aportes sino que generalmente será un porcentaje del salario recibido en los últimos años.

Integralidad. De acuerdo a este principio, el sistema otorga cobertura no sólo a la necesidad de pensionarse, sino que además a las prestaciones de medicina curativa y rehabilitación de los afiliados y sus cargas.

Financiamiento tripartito. El sistema se financia con los aportes que realizan conjuntamente los trabajadores, el Estado, y el empleador.

Junto con estos principios surge la característica fundamental de la organización del sistema, a saber, el rol fundamental que juega el Estado tanto en el funcionamiento y fiscalización, lo cual significa concebir una estructura centralizada que maneja y distribuye el fondo común respectivo entre sus aportantes.

En los sistemas de reparto la pensión que será recibida tiene carácter definido, ya que es el resultado de una regla preestablecida de acuerdo a las últimas remuneraciones percibidas por el trabajador, generalmente como un porcentaje de ellas.

De acuerdo a Sabino⁴², el sistema de reparto se basa en dos supuestos importantes. El primero es la estructura familiar que existía al momento de nacer los seguros sociales. El jefe de familia, obtenía ingresos de una relación laboral formal, estable y continua, lo cual aseguraba que el aporte se hiciera de manera permanente y sostenida en el tiempo. El otro supuesto es una estructura demográfica que se caracteriza fundamentalmente por altos índices de población joven, lo que tiene directa relación con la transferencia intergeneracional de fondos explícita. Ambos supuestos no son propios del mundo actual. Las relaciones laborales son cada vez menos estables y continuas, realizándose como un valor fundamental de estos días la capacidad de enfrentar cambios y desafíos, y de adecuarse con facilidad a las condiciones que impone la vida moderna; por lo tanto, la seguridad de mantener el fondo común en constante flujo se ve amenazada. En cuanto a la estructura demográfica, sabemos que sobretodo en los países desarrollados y en los que están en vías de serlo se ha experimentado un descenso en la tasa de natalidad, lo que dificulta la mencionada transferencia explícita.

El sistema de reparto, que actualmente es utilizado en muchos países, tales como Canadá, España e Italia, enfrenta una grave crisis que ha llevado a duplicar el aporte estatal en esta materia, lo cual ha significado considerables aumentos en el gasto público. Ante esta realidad, se ha recurrido a variados instrumentos que en definitiva conduzcan a una disminución en las prestaciones; tales como modificar las fórmulas utilizadas para su cálculo, mayor exigencia en los requisitos exigidos para tener derecho a los beneficios, ampliación del número de años de cotización y elevar la edad mínima para jubilarse, entre otros. Los factores que han desencadenado el desequilibrio del sistema son:

Aspectos Demográficos. El aumento de la esperanza de vida y la disminución de la tasa de natalidad sobre todo en Europa y en América Latina tienen como consecuencia que una proporción cada vez mayor de la población tenga derecho a prestaciones de vejez, no obstante la disminución de los trabajadores en actividad.

⁴² SABINO, CARLOS, obra citada. pp 155 a 168

Deficiencias en la administración central por parte del Estado, las cuales han surgido por problemas de corrupción y desvío de fondos, por la evasión en el pago de las contribuciones, permisividad en el criterio de acceso a las pensiones e inversión no siempre acertada de los excedentes generados por el sistema en una primera época.

El sistema de capitalización individual

Consiste en un sistema de cuentas personales en las cuales cada trabajador realiza aportes hasta el momento en que, de acuerdo a la normativa establecida, tenga derecho a retirarlos. En este sistema los recursos aportados pertenecen en forma exclusiva al trabajador afiliado, por lo tanto el principio de la solidaridad no tiene cabida ya que no existe traspaso de fondos que beneficien a personas distintas del aportante.

Su organización se basa en el establecimiento de administradoras de los fondos, que en el caso chileno se constituyen como sociedades anónimas. Éstas administran e invierten en el mercado de capitales los recursos aportados tratando de obtener la mayor rentabilidad posible para sus afiliados. La pensión, es de carácter indefinido, ya que depende de tres factores: el aporte del trabajador, la rentabilidad financiera y las comisiones cobradas por las administradoras de fondos.

El rol que juega el Estado en el sistema se basa en el compromiso de velar por la seguridad de los recursos aportados, principalmente a través de la fiscalización y del establecimiento de garantías mínimas tales como pensión y rentabilidad mínima y pensiones en caso de quiebra de las administradoras de los fondos. Al contrario de lo que sucede en el Sistema de Reparto, el Estado no tiene incidencia en su financiamiento, por cuanto éste se realiza por el propio afiliado, por regla general a través de su cotización.

Las características fundamentales para la instauración del sistema de capitalización individual son⁴³:

La captación e inversión de los fondos para lo cual se requiere un mercado de capitales mas o menos desarrollado;

El establecimiento de una entidad calificadora de riesgos por cuanto las pensiones dependen de las fluctuaciones del mercado, además de un organismo que custodie los valores reunidos.

El sistema de previsión basado en la capitalización individual eventualmente puede convertirse en un factor importante en las economías de los Estados, por cuanto se canalizan enormes cantidades de recursos hacia los fondos de pensiones privados, lo cual provoca un rápido desarrollo del mercado de capitales creándose nuevos instrumentos e intermediarios financieros y estimulando el aumento de la tasa de ahorro a nivel nacional.

Se han mencionado como aspectos destacables del sistema los siguientes:⁴⁴

Acumulación de Recursos: Los nuevos sistemas de pensiones han sido eficaces como mecanismos de ahorro, lo que ha permitido una importante acumulación de recursos.

Rentabilidad: En términos generales las administradoras han logrado adecuados retornos reales sobre los recursos administrados.

Mejoramiento en la calidad del servicio: La competencia por los afiliados ha impulsado el mejoramiento de la calidad del servicio previsional para afiliados y pensionados.

⁴³ SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2002. El Sistema Chileno de Pensiones. 5ª Edición, Santiago de Chile. Noviembre 2002, 241p, Pág.43.

⁴⁴MESA REDONDA FIAP- OIT reforma a Las Pensiones: lecciones de la experiencia práctica con sistemas de capitalización individual: 9 y 10 de Octubre de 2003. 2003.Santiago de Chile, FIAP- OIT, pp.sp.

Desarrollo de mercados conexos: La regulación de las inversiones del nuevo sistema ha impulsado fuertemente la expansión del mercado de capitales y de la industria de seguros.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, este sistema no está exento de problemas que deben ser solucionados a medida que se va fortaleciendo en los distintos países que lo adoptan. Entre otros, podemos señalar los siguientes:

Elevados costos de administración por cuanto es un sistema basado en la administración privada competitiva y sujeta a los mecanismos del mercado. Estos costos vienen a gravar las cuotas de los asegurados con comisiones y primas de seguro lo que implica que proporciones importantes de los aportes no se ahorren y por lo tanto no se puedan aprovechar por el afiliado;

Es un sistema expuesto a los riesgos que conlleva la incertidumbre económica, sobretudo si se piensa en una economía globalizada e interdependiente, la cual con sus vaivenes incide directamente en las pensiones de los afiliados. Por lo tanto, el éxito del sistema no depende solamente de lo que cada persona haya aportado a su cuenta personal, sino que además de la gestión que realicen las Administradoras;

Se critica también su falta de solidaridad intergeneracional lo que incidiría en ahondar las desigualdades sociales, ya que el desarrollo nacional excluye a los pensionados por cuanto a sus montos responden estrictamente a lo capitalizado durante su periodo de cotización.

Estatuto Chileno

Sistemas de Previsión y su legislación

Para describir el sistema previsional que actualmente rige en Chile es inevitable mencionar uno de los más revolucionarios hitos en materia de seguridad social chilena: La dictación, en 1980, del Decreto Ley 3.500. Este decreto ley estableció un nuevo

sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual.

Previo a la instauración del nuevo sistema, ya desde el siglo XIX se aprecian algunas iniciativas en materia de previsión, como la protección de salud de los desamparados (1832), o normas de protección de empleados públicos en 1858. Esta tendencia se consolida en la década del 20' en lo que ya puede llamarse un “sistema de previsión” con la promulgación de la Ley 4.052 del Seguro Obrero en 1924, la que formaliza el principio de la “universalización de la protección social”; esto es, considerar tanto las necesidades de salud, como las de la vejez, invalidez y muerte.

De esta forma, la Constitución de 1925 incorpora por primera vez los derechos sociales en el ámbito de las garantías constitucionales, creándose la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas (CANAEMPU) y la Caja de Previsión de Empleados Particulares (EMPART).

Pese a este auge de reconocimiento, la visión alemana Bismarkiana que sirvió de inspiración a nuestras leyes no fue aplicada en la forma que originalmente fue concebida. No existió nunca un fondo único para la seguridad social sino que se produjo un crecimiento desordenado de cajas, las que constaban con regímenes generales y sub regímenes dentro de ellos que atendían preferentemente a sectores específicos.

La lógica que seguía el sistema de las Cajas de Previsión era la del “sistema de reparto”, basada en la solidaridad intergeneracional y en la fundamental confianza de la manutención del sistema en el tiempo.

Este sistema, a pesar de la amplia cobertura que había conseguido, siempre generó entre las autoridades de gobierno una gran preocupación por corregir las deficiencias que presentaba. Las críticas más frecuentes apuntaban a la multiplicidad de instituciones y a las diferencias en el tratamiento de los distintos grupos, tanto en términos de tasa de cotización, beneficios recibidos y requisitos para obtenerlos.

Es así, como ya en 1974, se inician las transformaciones radicales. En primer lugar, se separa la administración del sistema de previsión social y la del sistema de salud, creando organismos independientes y eliminando del sistema su característica de integralidad. En segundo lugar, el financiamiento del sistema pasa de ser compartido entre Estado, empleador y trabajadores a depender exclusivamente del aporte de los trabajadores, con la excepción del seguro contra accidentes del trabajo, que sigue siendo de cargo del empleador.

Consolida este ánimo reformista, la dictación del Decreto Ley 3.500 de 1980, cambiando absolutamente las características del sistema. De ser un sistema de seguridad social, integral, de reparto y solidario con financiamiento tripartito, pasa a ser de capitalización individual y administrados por instituciones privadas (Administradoras de Fondos de Pensiones -AFP-), especialmente creadas para estos fines, independientes de las empresas donde se desempeñaban los cotizantes.

Hoy en día, la previsión chilena aún se encuentra en un período de transición en el que conviven el sistema de las AFP y el antiguo de cajas de previsión agrupadas en el INP (Instituto de Normalización Previsional), además de la existencia del sistema previsional de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.

Sistema de AFP

El sistema de las Administradoras de Fondos de Pensiones está constituido, actualmente, por siete instituciones⁴⁵ de carácter privado que administran los fondos creados por cuentas individuales donde los trabajadores depositan mensualmente sus cotizaciones.

Nuestro sistema de AFP se basa en 4 ideas fundamentales:

La Capitalización Individual: Cada afiliado posee una cuenta individual donde se depositan sus cotizaciones, las que se capitalizan y obtienen la rentabilidad que

⁴⁵ Estas son Cumprum S.A, Habitat S.A, Magíster S.A, PlanVital S.A, Provida S.A, SummaSantander S.A y Santa María S.A,

corresponda según las inversiones de la administradora. Así, la cuantía de las pensiones dependerá del monto del ahorro, existiendo una relación directa entre esfuerzo personal y la pensión que se obtenga.

Administración Privada de los Fondos: Las AFP son sociedades anónimas que reciben una comisión por los servicios de administrar los fondos.

Libre elección de la Administradora: El trabajador elige a que administradora se afilia y puede cambiarse a otra cuando lo estime necesario. También puede escoger el tipo de fondo al que irán sus cotizaciones, eligiendo el riesgo al que quiere que se vean enfrentadas.

Rol del Estado: Cumple el esencial rol de proveer garantías y ejercer fiscalización, según se explicitará más adelante.

Las cotizaciones mensuales corresponden al 10% de la remuneración con un tope de 60 UF. Además el trabajador debe pagar un monto extra a favor de la administradora por concepto de comisión de servicios y también un porcentaje adicional que sirve para el pago de la prima de un seguro por posibles accidentes del trabajo o enfermedades profesionales⁴⁶. Esto hace un total de aproximadamente un 13% de la remuneración del trabajador.

La afiliación a este sistema es obligatoria para todos aquellos trabajadores dependientes que inician su vida laboral y optativa para quienes pertenecían al sistema antiguo de cajas de previsión al momento de implementarse la reforma; para los trabajadores independientes, por su parte, la afiliación es voluntaria. Asimismo, dentro de la categoría de trabajadores afiliados, se distingue la de trabajador cotizante, o aquel que efectivamente cotiza en cada mes por remuneración devengada el mes anterior.

Los fondos acumulados en las respectivas cuentas individuales son invertidos por cuenta del cotizante con el único objetivo de obtener una adecuada rentabilidad y seguridad.

⁴⁶Este cargo adicional es distinto al aporte de cargo del empleador según la Ley 16.744.

Estas inversiones están restringidas al marco regulatorio del DL 3.500, el que les señala como únicos objetivos los instrumentos de inversión contemplados en las letras a) hasta n) del artículo 45. Para esto, en el año 2002 se creó un sistema llamado de “multifondos” según el cual se distinguen 5 fondos entre los cuales el afiliado puede escoger para la inversión de su capital. Cada uno de estos fondos se diferencia de los demás por el grado de riesgo que presentan los instrumentos de inversión que cada uno contiene.

Las cotizaciones mencionadas para los trabajadores dependientes son de carácter obligatorio y deben enterarse, o realizarse la declaración de no pago, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquel en el que se devenga la remuneración y en caso de mora están sujetos a procesos de cobranza por parte de las AFP. En el caso de estos trabajadores, el empleador es responsable por el descuento y el depósito de los fondos; para los independientes, la cotización se hace voluntariamente según el convenio suscrito con la AFP de su elección.

Adicionalmente a estos aportes obligatorios, existe también un sistema de cotizaciones voluntarias que constituyen “ahorro previsional voluntario”. Su finalidad es aumentar el saldo acumulado en la cuenta individual y así el monto de la pensión a recibir en el futuro o poder adelantar la jubilación, y del mismo modo compensar períodos no cotizados, generados por cesantía u otras causas. Este sistema a contar del 1 de Marzo de 2002, con la Ley 19.768 se modifica en cuanto a las instituciones que son capaces de administrarlo, a la liquidez de los recursos, se aumentan los beneficios tributarios, además de establecer una modalidad de acceso de los trabajadores independientes al beneficio. En este sistema voluntario existen tres modalidades:

La cotización voluntaria: Depósito en la cuenta individual de un porcentaje de su renta superior al 10% obligatorio, manteniendo la exención tributaria hasta 50 UF mensuales. Con posterioridad a la Ley 19.768, el trabajador puede retirar estos fondos en cualquier momento, pagando una sobre tasa al impuesto global complementario o retirándolos como excedente de libre disposición si corresponde.

Depósitos Convenidos: Convención con el empleador quien hará un depósito por una cantidad específica en una oportunidad, mensualmente o en porcentaje a su remuneración. Estos aportes son independientes de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, no se sujetan a límite alguno en relación con la remuneración del trabajador y tampoco constituyen renta. También pueden ser retirados en cualquier momento por el trabajador con las exigencias señaladas para la cotización voluntaria en cuanto a los impuestos.

Cuenta de Ahorro Voluntario: En aplicación desde agosto de 1987 es la llamada “cuenta dos”; esta tiene por fin complementar la cuenta principal, en ella se pueden hacer depósitos cuando el afiliado lo estime conveniente y tiene el límite de poder hacer sólo cuatro retiros en el año. Existe la posibilidad de que el afiliado haga traspasos desde esta cuenta a la de capitalización individual, para los efectos de anticipar o mejorar la pensión a obtener. Tributariamente, los retiros desde estas cuentas, con excepción de aquellos que destinan fondos a la cuenta de capitalización individual, están afectos a impuesto a la renta, según las normas generales, en el sentido de gravar la rentabilidad real percibida por el afiliado en un año calendario.

Un tercer tipo de cotización corresponde a las “cuentas de ahorro de indemnización”; que tienen por objeto establecer un sistema de indemnizaciones a todo evento para los trabajadores dependientes. La apertura de estas cuentas es obligatorio para los empleadores de trabajadores de casa particular y esta destinada a financiar una indemnización pagadera a todo evento que se origine por el finiquito del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa. En el caso de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, existe la posibilidad de pactar, al inicio del séptimo año de la relación laboral y hasta el undécimo año de esta, la sustitución de las indemnizaciones legales correspondientes por una indemnización sustitutiva a todo evento, la que se hace efectiva al término del contrato de trabajo. Cuando el pacto de sustitución se formaliza, el empleador queda obligado a realizar una cotización mensual a favor del trabajador. En ambos casos, tanto respecto a los trabajadores de casa particular, como los demás

regidos por el Código del trabajo, la cotización corresponde al menos a un 4.11% de la remuneración imponible del trabajador, pero en el caso de los primeros, esta remuneración tiene un tope de 60 UF y en el caso de los segundos, de 90

Sistema del Instituto de Normalización Previsional (INP).

El sistema de las antiguas cajas de previsión es administrado por el INP creado por la Ley 18.698, la que fusionó en una sola institución a las treinta y un cajas de previsión previas a 1980.

Bajo este régimen se encuentran todos aquellos trabajadores que iniciaron su vida laboral con anterioridad a 1983 y que no han querido, hasta el día de hoy, hacer el cambio al sistema de AFP.

En este sistema, también desde 1980, la cotización que antes era de cargo del empleador pasa a ser de cargo del trabajador, con excepción del aporte correspondiente a la Ley 19.728 del Seguro de Cesantía⁴⁷ y aquellas cotizaciones destinadas al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que siguen siendo de aporte “patronal”.

Es tarea del INP hacerse cargo de cada uno de los regímenes ofrecidos por las antiguas cajas, pero administrando los fondos de acuerdo a la Ley 18.698. Además, en ningún caso, esta administración puede significar la alteración de las prestaciones correspondientes según el sistema de la institución original.

En lo relativo al monto de la cotización y a los requisitos para jubilar, existen desigualdades entre los regímenes según la caja a la que originalmente estaba afiliado el trabajador; así por ejemplo, la cotización del trabajador afiliado a la Caja de Servicio de Seguro Social es del 25,87 de su renta imponible, la del afiliado a la Caja de Previsión

⁴⁷ Según el artículo 5 de la Ley 19.728. es de cargo del empleador aportar un 2,4% de la remuneración del trabajador para financiar el seguro contenido en la ley.

de Empleados Particulares es de 28,84 y la del afiliado a la Caja de Empleados Públicos y Periodistas es de 30,04⁴⁸

Sistema de la Fuerzas Armadas y Carabineros.

Para los funcionarios de estas instituciones existen dos cajas de previsión distintas: a) CAPREDENA, para el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como para el personal de planta de las Subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación; el personal de reserva llamado al servicio activo y a los alumnos de las escuelas en cuanto mantengan la calidad de tales; y b) DIPRECA, que cubre al personal de Carabineros de Chile, Investigaciones y Gendarmería.

CAPREDENA es una institución pública autónoma y descentralizada con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeta a la supervisión del Presidente de la República, a través del Ministerio de Defensa Nacional. Esta caja de previsión mantiene el principio de la integralidad, por cuanto, además de controlar el sistema de pensiones del personal en retiro, administra un fondo de desahucio y uno de auxilio social, que permite que los imponentes obtengan préstamos de auxilio y habitacionales, así como la administración del fondo de salud, orientado a financiar las atenciones de los pensionados y sus familiares.

DIPRECA mantiene un sistema muy similar a CAPREDENA en que se mantienen también las características del antiguo sistema de cajas.

En este sistema existe un fondo común, que se financia con imposiciones, cotizaciones y aportes voluntarios del personal en servicio activo más el aporte anual que hace el Fisco que debe cubrir los diferenciales necesarios para pagar la totalidad de los beneficios a que el personal tiene derecho.

⁴⁸ Estos porcentajes incluyen el 7% destinado a salud, recordando que estas instituciones mantienen el principio de la integralidad.

Beneficios en Sistema de AFP e INP.

Corresponden principalmente al sistema de pensiones (vejez, invalidez y sobrevivencia), la denominada cuota mortuoria y el excedente de libre disposición, además del beneficio por concepto de herencia.

Pensiones

De vejez: En este caso existen dos tipos, la de vejez por edad y aquella de carácter anticipado, que en el sistema antiguo se llamaba “por antigüedad”. En el caso de la pensión de vejez por edad, el afiliado a una AFP o al INP puede pensionarse cuando haya cumplido los 65 años de edad en el caso de los hombres y los 60, en el caso de las mujeres, sin requisitos adicionales. En el caso de la pensión de vejez anticipada hay que distinguir según sistema. Para las AFP deben concurrir dos requisitos copulativos: a) que el afiliado tenga en su cuenta de ahorro previsional un saldo suficiente para financiar una pensión que ascienda al menos al 50% del período de las remuneraciones percibidas durante los últimos 10 años, y b) que la pensión sea igual o superior al 110% de la pensión mínima garantizada por el Estado. Las pensiones de vejez en el sistema de AFP se financian con el saldo de la cuenta individual del pensionado más el bono de reconocimiento⁴⁹ otorgado por el antiguo sistema de pensiones, cuando corresponda. Para el caso de los beneficiarios del INP, la situación es distinta y dependerá del plan específico según sea la caja de previsión a la que estaba afiliado originalmente.

De Invalidez: Consiste en el beneficio que reciben, mediante una cantidad mensual de dinero, aquellos afiliados que han sido declarados inválidos por la Comisión Médica, sea de la Superintendencia de AFP, en el caso del sistema nuevo, o de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, en el caso de los afiliados al sistema antiguo. Tienen derecho a esta pensión los afiliados que, sin haber obtenido los requisitos para una pensión de vejez y a

⁴⁹Este bono se otorga cuando la persona que se va a pensionar en el sistema de AFP registró cotizaciones en el sistema antiguo, caso en el cual el INP, una vez hecho el cálculo según el período cotizado, hace pago de él al momento de calcularse la pensión por parte de la administradora para que forme parte del total del fondo de pensión acumulado.

consecuencia de una enfermedad o debilitamiento de sus fuerzas físicas o intelectuales, pierdan a los menos dos tercios de su capacidad de trabajo. Esta pérdida de capacidad no está definida con relación al tipo de trabajo específico que realizaba el afiliado, sino en términos genéricos. Sin embargo, en la evaluación del grado de invalidez, se consideran su real posibilidad de aprender un nuevo oficio de acuerdo a su edad, educación y otras variables pertinentes. Para estas eventualidades las Administradoras están obligadas a contratar un seguro para sus afiliados, denominado Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, el que es financiado por los mismos trabajadores durante su vida activa, por medio de una fracción de su cotización adicional. Según el grado de menoscabo a sus capacidades, la pensión de invalidez puede ser “total” (si la pérdida de capacidad es de al menos dos tercios) o “parcial” (si la pérdida es de al menos un cincuenta por ciento e inferior a dos tercios). Así mismo estas pensiones pueden ser “transitorias” (después de tres años se reevalúa para confirmarla o rechazarla) o “definitivas”. En cuanto al monto de la pensión, si la invalidez afecta a un trabajador dependiente que se encuentre trabajando o a un independiente que haya cotizado el mes anterior a la concurrencia del siniestro, esta corresponde al 70% del promedio de las remuneraciones imponibles percibidas por el afiliado en los últimos 10 años. Si el trabajador no alcanzare a tener 10 años de cotizaciones en el nuevo sistema, se considerarán sólo aquellas percibidas desde la fecha de afiliación, siempre y cuando la invalidez se deba a un accidente; de lo contrario, cuando la invalidez se deba a otras causas⁵⁰, se considerarán al menos 24 remuneraciones mensuales, asignándole un valor de “cero” a las que falten para completar los 2 años requeridos. El monto de la pensión desciende al 50% del promedio señalado en los casos de haberse encontrado el afiliado cesante, siempre y cuando esta cesantía no exceda de 12 meses hacia atrás desde la fecha en que se declara la incapacidad. Finalmente, el monto de la pensión corresponde a lo que existiere en su cuenta individual si permaneció cesante más de 12 meses al momento de declararse la invalidez, sin perjuicio de la pensión mínima garantizada por el Estado si correspondiere.

⁵⁰ Por ejemplo alguna enfermedad de aquellas que producen postración.

De Sobrevivencia: Es a la que tiene derecho la cónyuge sobreviviente, denominada “pensión de viudez”, o los hijos y padres del causante, caso en que se llama “pensión de orfandad”. Esta pensión se otorga con independencia de si ha sido causada por el fallecimiento de un afiliado activo, de un pensionado de vejez o un pensionado por invalidez.

Cuota Mortuoria

Este beneficio consiste en el retiro de una suma equivalente a 15 UF de la respectiva cuenta individual del afiliado. Tiene derecho al retiro cualquier persona que acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral del afiliado difunto. Si dicha persona tuviera una calidad distinta a la de cónyuge, hijo o padres del fallecido, el monto máximo que se pagará será el contenido en la factura que refleje la cantidad efectivamente gastada, siempre con el límite de las 15 UF, quedando el saldo, si lo hubiere, a disposición del cónyuge sobreviviente, los hijos o los padres del afiliado.

Para los que se mantuvieron en el sistema antiguo, este beneficio se denomina “asignación por muerte” y debe ser solicitada al INP.

Excedente de Libre disposición

Es al que se tiene derecho, cuando después de hacer efectiva la pensión, es decir, hecho el cálculo hacia el futuro, aún queda un saldo en la cuenta de capitalización individual, no compuesto por depósitos convenidos. En este caso, la suma queda a disposición del afiliado para darle el destino que desee.

Herencia

Cuando un afiliado fallece sin dejar beneficiarios de pensión de sobrevivencia, o cuando su muerte se debe a un accidente del trabajo o enfermedad de carácter profesional⁵¹; los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual constituyen herencia.

Situaciones Garantizadas por el Estado.

Con el objeto de proteger la propiedad de los afiliados sobre sus fondos de pensión, así como para asegurar la existencia de las pensiones es que el Estado asume ciertas obligaciones como correlato a la obligatoriedad de los trabajadores dependientes de afiliarse a una Administradora de Fondos de Pensiones.

Pensiones Mínimas:

De vejez: Se exige que los afiliados tengan la edad requerida para obtener este tipo de pensión, además de registrar cotizaciones por 20 años en cualquiera de los sistemas de previsión. Los años necesarios se completan abonando los períodos en que el afiliado hubiere gozado de subsidio de cesantía, los que no pueden exceder de tres años.

De invalidez: A los declarados inválidos que reúnan los siguientes requisitos:

No tener derecho a la garantía estatal de la pensión mínima de vejez.

Acreditar la invalidez mientras se esté cotizando o dentro de los dos años posteriores a la última cotización.

Cumplir con alguno de los tres requisitos siguientes: 1) registrar dos años de cotizaciones en los últimos cinco previos a la declaración de invalidez. 2) estar cotizando si la discapacidad fue ocasionada por accidente, o 3) registrar al menos de 10 años de cotizaciones.

Quiebra de Compañía de Seguros: El Estado garantiza una pensión tope de 45 UF, para los afiliados pensionados bajo las modalidades de rentas vitalicias.

⁵¹ En este segundo caso las pensiones que se originan son cubiertas por el seguro social de la Ley 16.744 y no por los fondos de las cuentas de capitalización.

Quiebra de la AFP: Cuando la administradora deba disolverse por su incapacidad para enterar los recursos que aseguren la rentabilidad mínima exigida para el fondo de pensiones, el Estado completará la diferencia y concurrirá como acreedor en la liquidación de la sociedad.

Situación del trabajador Técnico Extranjero.

El 11 de Agosto de 1982 se dictó la Ley 18.156⁵², referida a las cotizaciones previsionales a técnicos extranjeros y empresas contratantes, según la cual se establece la exención de la obligación de realizar este tipo de cotizaciones bajo las condiciones y requisitos copulativos que este cuerpo legal y sus posteriores modificaciones indican.

Previamente es necesario señalar que de acuerdo a la legislación previsional chilena, en la incorporación al régimen previsional no se hace diferencia alguna entre un extranjero y un nacional, siendo obligatorio cotizar para todo trabajador dependiente. Sin embargo y para tratar la situación especial de este tipo de trabajadores es que deben analizarse algunos casos excepcionales, a los que debe darse una interpretación de derecho estricto y que se encuentran contenidos en los Convenios Bilaterales de Seguridad Social y en la mencionada Ley 18.156.

El Art. 1 de la Ley 18.156 señala:

“Las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rijan para los trabajadores, no estando obligados, en

⁵² La Ley N° 18.156 entró en vigencia a contar del 25 de agosto de 1982, fecha de su publicación en el Diario Oficial. Este texto contempla las modificaciones introducidas por el artículo único de la Ley N° 18.726, publicada en el Diario Oficial del 23 de julio de 1988. La Circular N° 553 de la Superintendencia de A.F.P. establece los procedimientos para la aplicación de esta Ley por las A.F.P.

consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte.
2. Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

La exención que establece el inciso anterior no comprender los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la Ley N° 16.744.”

Este artículo primero indica la exigencia de tres requisitos copulativos:

Detentar la calidad de “técnico”, entendiéndose como tales, a los trabajadores que posean conocimiento de una ciencia o arte, que pueda ser acreditado mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y, en caso, traducidos oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores;

La afiliación al régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile con las prestaciones mínimas que se indican (se considera que estas deben ser “sustancialmente equivalentes” a las prestaciones del sistema chileno), lo que debe acreditarse mediante certificación de la institución de seguridad social correspondiente, debidamente legalizada, en la que conste su obligación de otorgar las prestaciones señaladas.

Manifestación expresa de voluntad de la intención de mantener la afiliación referida.

La referencia que se hace a la Ley 16.744 significa que el empleador sí está obligado a enterar a su respecto, la cotización básica y la adicional diferenciada que establece dicho cuerpo legal para la cobertura de esos siniestros. Las obligaciones contenidas en la Ley 19.728 del Seguro de cesantía se analizarán más adelante.

Situación tributaria de las imposiciones previsionales que se enteren en instituciones u organismos de previsión extranjeros

En el cumplimiento de la exigencia legal de estar afiliado a un organismo de previsión o seguridad social en el extranjero, el artículo 2º de la Ley 18.156 dispone textualmente que los pagos derivados del cumplimiento del requisito que señala el artículo 1º letra b) que realice el personal a que se refiere esta ley o las empresas que lo contraten, no serán considerados renta para ningún efecto en Chile, hasta un monto igual al que establece el inciso primero del artículo 22 del Decreto Ley N° 3.500 de 1980. Para este efecto, agrega el artículo, las sumas efectivamente pagadas en moneda extranjera se convertirán en moneda nacional al tipo de cambio más alto del mercado bancario, vigente a la fecha de pago.

Esto quiere decir que las sumas destinadas a financiar las prestaciones que les otorga el régimen de seguridad social al que opten por mantenerse afiliados, hasta por un monto límite de 60 UF no estarán afectas en ningún caso a las disposiciones contenidas en la Ley de la Renta; por lo tanto, los pagos que el personal técnico efectúe al exterior por este concepto no deben considerarse como base imponible de las remuneraciones que correspondan a dicho personal, y de igual modo aquellas cantidades que las empresas deben enterar como aporte previsional a su cargo, no deben estimarse como mayor remuneración del trabajador por la prestación de sus servicios personales.

Así como el límite de las cotizaciones exentas comprenden en conjunto a aquellas de cargo de la empresa como las que corresponden al trabajador, las cantidades que sobrepasen el tope antes señalado, como también aquellas sumas que no correspondan a los conceptos referidos, no se benefician con la exención tributaria aludida, constituyendo por lo tanto renta para todos los efectos tributarios.

Respecto a las cotizaciones voluntarias están afectas a una exención tributaria de acuerdo a lo siguiente:

Si el ahorro es descontado de la remuneración del trabajador por el empleador, y enterado por éste, el monto de la cotización voluntaria, con un tope máximo de 50 UF, se deberá rebajar de la base imponible del impuesto único de segunda categoría.

Si el ahorro es efectuado directamente por el trabajador en la AFP, el trabajador deberá reliquidar el impuesto único de segunda categoría de acuerdo al artículo 47 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, rebajando de la base imponible de las cotizaciones voluntarias hasta un monto total máximo de 600 UF anuales.

Los depósitos convenidos no se consideran renta para efectos tributarios.

Devolución de los Fondos Previsionales

Este punto se refiere a que, no obstante la exención de la obligación de cotizar, esta es una norma permisiva, por lo tanto, si un trabajador técnico extranjero quisiera igualmente cotizar en alguna administradora de fondos de pensiones, nada se lo impide, y se acogería al estatuto de beneficios y garantías del sistema nacional. Es así como de darse este caso, la Ley 18.156 contempla la adicional posibilidad de la devolución de los fondos cotizados.

En Julio del año 1988, con la dictación de la Ley 18.726 se introdujo el nuevo artículo 7° a la Ley 18.156, en virtud del cual dispone textualmente:

“en el caso de que los trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de sus fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1° de esta ley”⁵³

Los requisitos exigidos, deben cumplir las siguientes formalidades:

⁵³Debe tenerse presente que no cualquier extranjero puede pedir la devolución, sino sólo aquel a quien la Ley 18.156 le permitió no cotizar.

Títulos o documentos justificativos de estudios especializados o profesionales que acrediten la calidad de profesional o técnico, debidamente legalizados y, en su caso, traducidos oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Certificación de la Institución u Organismo de Seguridad Social y/o Previsional en la que se encuentre afiliado fuera de Chile, legalizada en la forma indicada en el numeral precedente, en la que conste la obligación de ésta de otorgar pensiones en casos de enfermedad, invalidez, vejez o muerte.

Contrato de Trabajo, en el cual las firmas de las partes se encuentren autorizadas ante notario, respecto de cada uno de los empleadores por los cuales se solicite la devolución de fondos, el cual debe incluir, necesariamente, una cláusula en la que el trabajador manifieste o exprese, en forma inequívoca, su voluntad de mantener la afiliación referida en el numeral precedente.

No obstante lo anterior, si el afiliado hace uso del derecho a retirar sus fondos previsionales en conformidad a la Ley 18.156, carece del derecho a retirar lo que le correspondiere por concepto de “bono de reconocimiento”, de manera que la suma que se encontraba en poder de la administradora por este concepto, debe ser devuelta por la misma administradora al INP. Sin perjuicio de que, si el trabajador vuelve a cotizar en una AFP chilena y no solicita nuevamente retiros de sus fondos previsionales, puede al momento de pensionarse en nuestro sistema solicitar el documento bono de reconocimiento al INP como manera de incrementar el monto de su pensión en Chile. Por lo tanto, si tuvo derecho a él, no lo pierde si finalmente se pensiona en el sistema local.

Como un requisito adicional y complementario a los anteriores, la obtención del título profesional o técnico y la afiliación a un Sistema u Organismo de Seguridad Social y/o Previsional fuera de Chile, deben ser anteriores al inicio de la relación laboral en Chile.

En el tema de la devolución de los fondos, el mecanismo presenta la importante deficiencia de no asegurar el destino efectivo de los fondos retirados ya que nada garantiza que efectivamente estos sean depositados en la institución de seguridad social del país de destino.

Por otra parte, si bien al momento de realizarse las cotizaciones y los depósitos convenidos estos no fueron considerados renta, su devolución total, en virtud de éste artículo 7º, incluidos los incrementos por concepto de rentabilidad ganada que puedan comprender, se afectan con el Impuesto Único de segunda categoría de la Ley de la Renta, precisamente porque al ser enterados en la AFP no quedaron afectos a dicho tributo, estando obligadas las AFP a retener el impuesto como entidad pagadora de renta. En Julio de 2002, a través del Oficio Ordinario N° 2758, el Servicio de Impuestos Internos (SII), se pronunció acerca de esta devolución de ahorros; criterio que también fue acogido por la Superintendencia de AFP a través de su Circular N°1.253 del 17 de marzo de 2003. Sin embargo, hoy existe una disputa entre la asociación de AFP y la Superintendencia del ramo y el Servicio de Impuestos Internos debido a que, según lo que las administradoras señalan, el criterio de obligar a las AFP a retener estos impuestos devengados no era aplicado por la Superintendencia sino hasta el año 2003, cuando aplicó los criterios que el SII sentó en el año 2002 a través de la mencionada circular N° 1.253. En efecto, previo a la circular N° 1.253, el criterio de la Superintendencia de AFP se regía por la Circular N° 553 de 1988, que en su número 2 letra d) expresa: “Si la solicitud fuere aprobada, dentro de los 3 días siguientes la Administradora deberá poner a disposición del afiliado los fondos existentes en su cuenta personal, hecho que le será informado mediante carta certificada. El saldo se expresará en pesos, considerando para ello el valor cierre de la cuota del Fondo de Pensiones del día hábil anterior a aquél en que se efectúe la devolución.”, sin hacer mención alguna al deber de retener los impuestos que con posterioridad se les obligó a retener. Posteriormente, en la circular N° 1.253, cuando se hace aplicable el nuevo criterio, se indica que su vigencia será precisamente desde marzo de 2003, fecha de su emisión. El problema se produce porque el SII ha notificado a algunas AFP que deben

liquidar impuestos devengados por los mencionados retiros desde Julio de 2002, mientras que la Superintendencia de AFP instruyó sobre estas devoluciones recién en marzo de 2003.

Cabe destacar, que tratándose de un trabajador chileno residente en el extranjero, nuestro sistema previsional no contempla bajo ninguna circunstancia la devolución de los fondos previsionales acumulados durante su vida activa. Es en este punto donde surge el tema de la portabilidad de fondos en materia de pensiones, ya que si bien sobre los fondos acumulados existe propiedad, no es posible que estos sigan al trabajador según su lugar de residencia a fin de obtener una pensión única en el lugar donde decida jubilarse. Asimismo, tratándose de un afiliado chileno que tenga además otra nacionalidad sin haber renunciado a la chilena, no le será aplicable la Ley 18.156, si el respectivo contrato de trabajo se hubiere celebrado bajo la nacionalidad chilena⁵⁴

Finalmente, una vez hecho el retiro de los fondos desde una AFP chilena, en virtud del principio de la unicidad y permanencia de la afiliación al sistema de capitalización individual en Chile, no se estima al trabajador desafiliado, aún cuando en este caso la cuenta del trabajador quede con saldo cero.

La posibilidad de devolución y la Ley 19.728 sobre Seguro de Cesantía.⁵⁵

La Ley 19.728 impone la obligación de cotizar para la cobertura del Seguro de Cesantía que comenzó a regir en nuestro país desde noviembre del año 2002.

Al respecto, la Superintendencia de AFP ha señalado que los trabajadores extranjeros en Chile deben incorporarse a las leyes previsionales chilenas cumplan o no con los requisitos del artículo 1º de la Ley 18.156, o bien, pueden optar por mantener su afiliación a un régimen previsional extranjero si cumplen los requisitos señalados en la misma ley.

⁵⁴ SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2003. Sección Preguntas Frecuentes, (en línea) < www.safp.cl> (consulta: 15 Noviembre 2003)

⁵⁵ Oficio Ordinario N°18749, del 29 de Noviembre de 2002. Superintendencia de AFP.

No obstante lo anterior, la Ley 19.728 “no” ha excepcionado a los técnicos extranjeros afectos a la Ley 18.156 de su aplicación, razón por la cual debe aplicarse a todos ellos, generándose la obligación de financiarlo con los porcentajes de la remuneración señalados en la ley, cualquiera sea la situación en que se encuentren, ya que estos trabajadores pueden verse expuestos al riesgo de cesantía previsto en la ley del seguro. En este sentido, por el hecho de afiliarse el trabajador al seguro de cesantía, pasa a regirse por las normas contenidas en la Ley 19.728, razón por la cual obtendrá los beneficios que contempla, siempre que reúna los requisitos para ello.

En aplicación de lo señalado en el párrafo anterior, ante la pregunta de si procede también, y al estilo del artículo 7° de la Ley 18.156, la devolución de los fondos acumulados en las cuentas individuales de cesantía, la respuesta es que no es procedente, por cuanto no se contempla dicha posibilidad en la Ley 19.728, aún cuando reúna los requisitos de la Ley 18.156.

Los Convenios Bilaterales en materia de Previsión

Como señalábamos en el primer capítulo de este trabajo, las migraciones laborales cada vez son más frecuentes y masivas. Ante esta realidad, el sistema de Seguridad Social ha respondido paulatinamente a través de mecanismos que le permiten cumplir con sus objetivos propios. Los convenios previsionales son un ejemplo de esto. Se definen como aquellos que permiten a los nacionales de los Estados suscriptores que registran períodos de cotización en el o los sistemas que cada legislación contempla, obtener pensiones paralelas y por lo tanto, beneficiarse de las cotizaciones efectuadas, manteniéndose la historia previsional⁵⁶.

La suscripción de estos convenios descansa en tres principios fundamentales:

⁵⁶Esta definición se ha elaborado en base lo señalado por FUNDACION INTERAMERICANA. 2003. Convenios Bilaterales Sobre Seguridad Social. (en línea) < www.finteramericana.org > (consulta: 6 Octubre 2003)

Igualdad de trato para los cotizantes. Significa que los trabajadores que presten sus servicios en el territorio del Estado co-suscriptor, se sujetan a los mismos derechos y obligaciones a los que se somete a los nacionales de dicho Estado;

Totalización de los períodos de seguro o continuidad previsional internacional. Según este principio, se suman los períodos de cotización llevados a cabo en los distintos Estados con el objeto de cumplir con el período mínimo que cada legislación exige para obtener determinados beneficios;

Exportación de las prestaciones. Posibilita la eliminación de restricciones por parte de los Estados suscriptores en orden a permitir que los beneficios de la seguridad social se obtengan no obstante dejar de ser nacional o dejar de residir en el país que los otorga, incluidos apátridas y refugiados⁵⁷ sin disminución en su monto respectivo, salvo en lo relativo a tributación que demanda el pago de la prestación económica.

A la fecha Chile ha suscrito numerosos convenios. Cabe señalar que, de los países con los cuales nuestro país ha suscrito convenios, una gran parte aún mantienen el Sistema de Reparto. En el orden de su suscripción, estos países son: Brasil,1993; Alemania,1994; Dinamarca,1995; Suecia,1995; Canadá,1996; Suiza,1996; Holanda,1996; Austria,1997; Bélgica,1997; España,1997; Luxemburgo,1997; Noruega,1997; Québec,1997; Uruguay,1997; Portugal,1999; Estados Unidos,2001; Francia,2001. En etapa de promulgación se encuentran los convenios con Perú y Australia. Todos ellos tienen vigencia indefinida, excepto el celebrado con Brasil que tiene estipulado 10 años de vigencia, renovables por períodos automáticos y sucesivos⁵⁸.

Los convenios bilaterales previsionales consideran dos materias:

⁵⁷ Así lo señala el artículo 3 del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito con Alemania

⁵⁸ SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2003. Sección Preguntas Frecuentes, (en línea) < www.safp.cl> (consulta: 15 Noviembre 2003)

la obtención de pensiones por vejez, invalidez o sobrevivencia, para aquellos que han trabajado en forma sucesiva o alternada en cada uno de los estados contratantes, en la medida que den cumplimiento a los requisitos legales que cada legislación exige;

la obtención de asistencia de salud para los pensionados, que se concreta básicamente en la realización de exámenes médicos en el estado de residencia para acceder a pensiones de invalidez en el otro Estado; en el derecho a la asistencia de salud para los pensionados en un Estado, pero que residan en el otro, en las mismas condiciones que los pensionados en el último, y exención de la obligación de cotizar el 7% de salud a todo afiliado al sistema de capitalización individual que cotice voluntariamente como independiente durante el tiempo que resida en el otro estado.

Todos estos beneficios se ven reforzados por determinadas garantías, a saber:

el derecho a presentación de solicitud en el Estado de residencia para obtener pensiones y beneficios adquiridos en el otro Estado contratante;

derecho a la totalización de los períodos de seguro;

derecho a percibir prestaciones económicas fuera del Estado otorgante sin exigencia de residencia ni disminución del monto que constituye el beneficio.

Las pensiones que cada Estado contratante entrega son independientes entre sí, por lo tanto una vez que se cumplan los requisitos que se exigen en ellos, el beneficiario tiene derecho a recibir las pensiones de ambos Estados.

Es importante destacar que estos convenios no consideran el retiro de fondos previsionales por parte del afiliado, ni su traspaso al otro Estado suscriptor, situación que configuraría precisamente la portabilidad de los fondos previsionales en materia de pensiones. Sólo puede gozarse de los fondos a título de pensión y una vez que se cumplan los requisitos que cada Estado exige, lo que trae como consecuencia la obtención de pensiones paralelas.

Los beneficiarios de estos convenios son los nacionales de los Estados contratantes que registran períodos de seguros o períodos considerados equivalentes por las respectivas legislaciones. Respecto de los cotizantes chilenos, pueden pertenecer tanto al antiguo como al nuevo sistema previsional. Se puede distinguir cuatro tipos de beneficiarios:

Aquellos que son enviados temporalmente a trabajar a otro Estado con el cual Chile ha suscrito un convenio, denominados “trabajadores desplazados”. En este caso, el trabajador queda sometido a la legislación del Estado que lo envía, siempre que la duración previsible del trabajo sea la establecida en el respectivo convenio, correspondiendo al empleador o al trabajador solicitar a la Superintendencia de A.F.P un certificado de desplazamiento para presentar en el Estado receptor;

Los trabajadores que no se han trasladado por temporadas sino que han trabajado y cotizado en los distintos Estados de manera permanente, ya sea en forma sucesiva o alternada. En esta caso se podrá obtener los beneficios siempre que se cumpla con los requisitos que cada país exige;

Los nacionales de un tercer país, que estén o hayan estado sujetos a la legislación pertinente en materia de previsión en cualquiera de los Estados suscriptores;

Las personas que deriven derechos de los mencionados anteriormente.

En el procedimiento de solicitud y obtención de las prestaciones son esenciales los denominados “organismos de enlace”⁵⁹ que cada país suscriptor ha señalado para cumplir en definitiva con lo necesario para hacer valer lo establecido en los diferentes convenios. Ante ellos se presentan y tramitan las solicitudes respectivas, y, en general, todos los asuntos pertinentes a la materia. En Chile, son organismos de enlace la Superintendencia de A.F.P., para los afiliados al régimen de capitalización individual, y para los imponentes de los regímenes administrados por el Instituto de Normalización

⁵⁹ FUNDACION INTERAMERICANA. 2003. Convenios Bilaterales Sobre Seguridad Social. (en línea)<www.finteramericana.org> (consulta: 6 Octubre 2003)

Previsional, es decir, para las ex Cajas de Previsión, la Superintendencia de Seguridad Social.

La forma cómo operan los convenios es diversa según se trate de afiliados que residan en el Estado co-suscriptor y que soliciten los beneficios previsionales en Chile, o de afiliados que residen en nuestro país y que solicitan los beneficios previsionales obtenidos en el extranjero. Cabe señalar que los convenios son de aplicación voluntaria, vale decir es el aportante quien debe solicitar las prestaciones que le correspondan de acuerdo a las normas convenidas, y en ningún caso se aplicarán de forma automática por parte de los respectivos organismos de enlace. Los afiliados que no residan en Chile y que soliciten los beneficios previsionales a que tienen derecho en nuestro país, deben presentar la respectiva solicitud al organismo de enlace correspondiente al país de residencia, individualizándola con su respectivo número de cédula nacional de identidad, o con el rol único tributario (R.U.T); el régimen previsional al cual está afecto, y la institución de seguridad social en la cual efectuó sus cotizaciones en Chile, vale decir el nombre de la A.F.P. o de la Caja de Previsión. Su pensión se determinará de acuerdo a la legislación interna y es pagadera en pesos, dólares, o en la moneda del país donde reside, de acuerdo a lo estipulado en el convenio. El envío de la pensión es de responsabilidad de la institución de seguridad social que corresponda. Respecto de los afiliados al sistema de capitalización individual, el número de períodos cotizados sólo es relevante en este punto para efectos de otorgar una garantía estatal de pensión mínima, por cuanto se exige un mínimo de períodos que varía de acuerdo al beneficio: vejez o invalidez, y sobrevivencia. Por lo tanto, sólo si los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación chilena son insuficientes para acceder a este beneficio, se suma al período cotizado en Chile, el período de cotizaciones en el extranjero, sin perjuicio de que la pensión corresponderá a los años en que efectivamente se cotizó en nuestro país.

En cuanto a los afiliados que residen en nuestro país y que solicitan los beneficios previsionales obtenidos en algún Estado con el que se ha suscrito convenio, deberán concurrir a la institución de seguridad social a la cual pertenezcan en Chile y llenar la

solicitud pertinente, para que ésta sea remitida a la Superintendencia de A.F.P. o a la Superintendencia de Seguridad Social, según corresponda, y sea remitida a su vez al organismo de enlace correspondiente en el Estado del cual se reclaman los beneficios. Al igual que en el caso anterior, el período de cotizaciones realizado en Chile se sumará eventualmente al realizado en el extranjero si es que es necesario para completar un determinado número de años que permita obtener la pensión que corresponda. Por otra parte, las pensiones en Chile no se reducen por el hecho de que el trabajador continúe ejerciendo una actividad remunerada, o reciba otros ingresos dentro o fuera del país. Si bien la garantía estatal de pensión mínima es el único beneficio que exige como requisito para su obtención no tener ingresos iguales o superiores a ella, por cuanto tiene un carácter subsidiario, las pensiones que se reciban de otro Estado producto de un convenio no se consideran ingresos; por lo tanto, son perfectamente compatibles. Las pensiones obtenidas en el otro Estado se consideran como si correspondiesen a una pensión del Antiguo Sistema, para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 17 transitorio del Decreto ley 3500, para pensionarse anticipadamente en el sistema de Capitalización Individual. Esto se refiere a que, como de acuerdo al sistema de capitalización individual para pensionarse anticipadamente la pensión resultante debe ser superior a un mínimo legal, el decreto ley 3500 permite agregar a este cálculo la pensión que eventualmente puedan estar percibiendo del antiguo sistema quienes se encontraren pensionados o que se pensionaren en el futuro en alguna institución del régimen antiguo, pero que se afiliaron al sistema establecido en el decreto ley 3500, y que pueden también pensionarse anticipadamente⁶⁰. Por lo tanto, quien reciba una pensión de otro estado, en virtud de algún convenio bilateral de seguridad social, puede pensionarse anticipadamente en el sistema de AFP, de la misma forma como pueden hacerlo aquellos

⁶⁰De acuerdo al inciso segundo del artículo 17 del decreto ley 3500, los pensionados o futuros pensionados en alguna institución del régimen antiguo deben tener un tiempo de afiliación al nuevo sistema de al menos 5 años, y que al acogerse a alguna de las modalidades de pensión del artículo 61, obtengan una tal que, sumada a la pensión que estuvieran percibiendo a través del antiguo sistema previsional, sea igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones imponibles, pensiones percibidas o rentas declaradas en los últimos 10 años, calculadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 63.

que también reciben pensión del sistema antiguo, por cuanto la pensión extranjera se considera como pensión otorgada por el INP.

La innovadora situación del Convenio sobre Seguridad Social entre Chile y Perú.

El 9 de Enero del 2004, cumplió su segundo trámite constitucional de aprobación, el Convenio Bilateral de Seguridad Social entre Chile y Perú.

Este convenio se encuadra en el contexto de la suscripción de los anteriores convenios acordados por Chile, en el sentido de alcanzar la finalidad primordial de que los nacionales de los Estados contratantes, y los extranjeros que en ellos laboran, puedan beneficiarse de las cotizaciones efectuadas en ambos Estados, manteniendo así la continuidad en su historia previsional, fundamento que permite el goce de los beneficios que otorga la seguridad social en cada uno de los países.

En lo esencial, este convenio recoge los principios jurídicos de aceptación universal en esta materia, a saber, la igualdad de trato, la totalización de períodos de seguro y la exportación de pensiones o beneficios.

Sin embargo, este convenio marca un hito en la historia de la seguridad social chilena, por cuanto, además de lo anterior, por primera vez se establece la posibilidad de transferir los fondos acumulados en los sistemas de capitalización individual cuando los afiliados pasan a residir en el territorio del otro Estado, a fin de que dichos fondos sean administrados por la administradora que se elija en el Estado receptor. Esto es precisamente la portabilidad de los fondos de pensiones. En el anexo número 6 se muestra el artículo 18 del citado convenio, el cual regula la portabilidad de los fondos previsionales.

Este innovador convenio en materia previsional se inspira en los numerosos acuerdos que ya existen entre Chile y otros países, quienes presentan en su mayoría el sistema de reparto; sin embargo y debido a que el Estado peruano tiene también el sistema de capitalización individual, se da un paso hacia adelante en materia de portabilidad de

fondos. Este espíritu debe entenderse como el comienzo de un nuevo enfoque, donde el ámbito de aplicación de la portabilidad sea cada vez más amplio y se integre, de la misma forma como empieza a regir hoy, a los convenios de seguridad social que ya existen y a los que se suscriban en el futuro sin importar el sistema de previsión que rijan las pensiones del Estado co-contratante.

CAPÍTULO III: PORTABILIDAD DE FONDOS DE PENSIONES

Concepto

Cuando en el capítulo primero de este trabajo se habló de las migraciones laborales, se dijo que los derecho de inmigración y de extranjería tenían entre sus objetivos la regulación del ingreso de extranjeros al mercado de trabajo. Pues bien, en materia de regulación migratoria existen dos maneras de enfrentarla de acuerdo a las necesidades de un país en un momento determinado: frenarla o formalizarla. En este sentido, la propuesta de introducir un sistema de portabilidad de fondos en materia de pensiones resulta fundamental para la formalización de los flujos migratorios, por cuanto satisface la necesidad de mejorar el servicio que los sistemas de pensiones entregan a los afiliados, considerando la creciente movilidad laboral entre países.

Entendemos por portabilidad de fondos de pensiones **el traspaso de los ahorros previsionales entre países cuando el trabajador cambie de residencia, para que una institución de seguridad social del país receptor administre desde ahora estos fondos, con el objeto de si eventualmente decide ejercer su derecho a pensionarse en él, lo haga de acuerdo a su legislación.**

La aplicación de la portabilidad fortalece la garantía del derecho a la seguridad social, por cuanto significa el reconocimiento de los años de aporte durante la vida activa de un trabajador, sin importar el lugar donde se haya desempeñado, para que cuando le corresponda pensionarse pueda hacerlo de manera única, y sin la carga de tramitar jubilaciones simultáneas en cada uno de los mercados laborales donde hizo sus aportes.

El estudio de la portabilidad implica una visión desde una doble perspectiva: por un lado beneficiaría a los nacionales que residen en el extranjero así como a los extranjeros que

residen en el país. De esta forma, deben tenerse en cuenta los flujos de dinero que ingresarían y egresarían del fondo de pensiones. Esto puede tener dimensiones bilaterales o multilaterales, dependiendo del nivel de acuerdo internacional que se alcance en materia del reconocimiento que se haga del ahorro o aporte de los trabajadores en su vida laboral activa.

Podría entenderse, de acuerdo a la incipiente y escasa investigación que existe en torno a este tema, que la portabilidad de fondos sólo es concebible entre países que usen la capitalización individual como sistema de pensiones.⁶¹ Sin embargo, según lo que se expondrá más adelante, las posibilidades de la portabilidad son mucho más amplias ya que permiten el traspaso de fondos cuando los sistemas de capitalización individual y de reparto hacen las veces de origen o destino de los aportes indistintamente.

Actualmente la suscripción de convenios bilaterales de seguridad social permiten en cierta medida satisfacer la creciente necesidad de quienes migran por motivos laborales en forma permanente y han realizado aportes a la seguridad social, por cuanto permiten, una vez cumplidas las exigencias que cada legislación establece, la posibilidad de pensionarse paralelamente, manteniendo el historial previsional, y posibilitando en definitiva que no se pierda el período de aporte realizado en cada uno de los países suscriptores. Sin embargo, y tal como se señaló en el capítulo anterior, estos convenios no permiten el traspaso directo de los fondos acumulados al Estado co-suscriptor; las pensiones a que se tiene derecho conservan su independencia y su monto se determina en proporción al tiempo de aporte y demás condiciones que fije la normativa vigente de cada Estado. La portabilidad de los fondos sólo se obtiene a través de estos convenios si existe una cláusula especial que lo permita, tal como sucede en el convenio entre Chile Y Perú⁶².

⁶¹SERIE DE ESTUDIOS ASOCIACION DE AFP. 2001. Santiago. Chile (16) y SUPERINTENDENCIA DE AFP, obra citada, Pág. 190.

⁶²Artículo 18 del Convenio bilateral de Seguridad Social entre Chile y Perú

Por todo lo anterior, lo que se propone es posibilitar la libre movilidad de los ahorros previsionales con el interés de asegurar al trabajador una pensión única, justa y oportuna, que incluya la totalidad de los ahorros previsionales acumulados durante toda su vida activa.

Principios Generales de la Portabilidad⁶³

Cambio de residencia con ánimo de permanencia. El traspaso de los fondos se justifica sólo en la medida de que el cambio de residencia sea permanente, por cuanto si existe el ánimo de regresar en el corto o mediano plazo, o de trasladarse en seguida a un tercer país, el traspaso sucesivo de los fondos no responde al fin primordial de pensionarse en el país de destino. Otro argumento está dado por evitar el traslado de fondos con fines únicamente especulativos o también que se hagan grandes traspasos coyunturales de fondos que alteren el equilibrio de los mercados en el país receptor. Este principio se puede concretar a través de diversas fórmulas jurídicas, como por ejemplo:

Requerir que el traspaso de fondos se realice sólo en el momento de obtener el derecho a pensión en el país en que solicita, sin perjuicio de que las transferencias en la etapa activa también tiene sus ventajas por cuanto el trabajador que emigra junto a sus fondos tiene mayores posibilidades de reaccionar en defensa de sus derechos y un mejor acceso a la información pertinente que si el fondo permanece en el país de origen; o bien,

Exigirse un contrato de permanencia mínima como cotizante en la institución administradora del país receptor;

Desvinculación del Sistema Previsional de Origen. Esto implica la pérdida de los beneficios del país desde donde se retiran los fondos, evitando de esta forma a los Estados de origen asumir legislaciones y riesgos económicos de otros países. Éste sería

⁶³SUPERINTENDENCIA DE AFP. obra citada, Pág 191y SEMINARIO MOVILIDAD de los Ahorros Provisionales.4 Diciembre 2001.2001, Santiago de Chile. FIAP-Cámara Chileno-Argentina de Comercio. sp.pp.

el caso por ejemplo, de tener que hacer aportes por concepto de pensión mínima en casos de insolvencia del sistema receptor;

La pensión que se otorga esta sujeta a la legislación del país en que se obtiene. No parece razonable que el país que otorga la pensión esté sujeto a la legislación o los beneficios que existían o existen en el país desde donde se retiraron los fondos;

El traspaso de los fondos debe ser total: El traspaso debe comprender tanto el total del saldo de la cuenta de capitalización individual o el reconocimiento total de los aportes en el sistema de reparto, o ambos si los hubiere;

Voluntariedad para el afiliado. El traspaso de fondos debería ser voluntario, ya que no siempre dicho traspaso puede ser conveniente para todos los aportantes, por ejemplo si la legislación donde correspondería pensionarse es menos beneficiosa que la de origen.

Portabilidad y Sistemas de Previsión

1. Capitalización Individual: En un sistema de capitalización individual la necesidad imperiosa de reconocer el derecho de trasladar los fondos de pensiones es más evidente, por cuanto jurídicamente los fondos acumulados en las respectivas cuentas constituyen ahorro y son de propiedad de los afiliados. El destino de aquellos dineros se encuentra forzosamente dirigido por ley a fines previsionales, por lo tanto nada obstaría a permitir llevarlos a otros mercados si el fin previsional se garantiza.

En principio, cuando interviene el sistema de capitalización individual, el mecanismo opera de manera menos compleja, ya que es más sencillo determinar la cantidad de dinero que el afiliado tiene derecho a trasladar, al mantenerse los ahorros en cuentas individuales. Sin embargo, subsisten ciertos puntos a resolver relacionados especialmente con aspectos tributarios, en el sentido de evitar la doble tributación o la ausencia total de ésta, lo que se desprende si analizamos el tratamiento tributario que se le da a la cotización, a la pensión y a los excedentes de libre disposición respectivamente. Es así como pueden darse diversas situaciones:

Cotizaciones obligatorias exentas y pensiones afectas a impuesto a la renta.

Cotizaciones obligatorias afectas a impuesto a la renta y pensiones exentas.

Cotizaciones obligatorias y pensiones exentas.

Además de los diferentes tratamientos para las cotizaciones voluntarias, depósitos convenidos y excedente de libre disposición.

Por lo tanto, las alternativas de solución deben negociarse entre los respectivos países de acuerdo a los criterios de la eliminación de la doble tributación, desde el punto de vista del afiliado; y desde el punto de vista de los Estados, éstos no deberían perder los impuestos diferidos. Al respecto se plantea una solución de compensación práctica entre los impuestos que se pierden por la salida de pensionados y los que pagarán los pensionados que trasladen sus fondos hacia el país. En definitiva lo que debe tratar siempre de evitarse es el denominado “arbitraje tributario” de las pensiones⁶⁴

Por ejemplo, si en el país de origen existe la posibilidad de efectuar cotizaciones voluntarias exentas del pago de impuesto a la renta, y en el país de destino se pueden retirar excedentes de libre disposición al momento de la pensión también exentos de impuesto a la renta, podría generarse un importante incentivo para que los afiliados trasladen recursos con el único objetivo de evitar la tributación. Frente a esto se propone asimismo, la aplicación de impuestos a la salida de los fondos correspondientes a cotizaciones voluntarias o depósitos convenidos, quedando sólo exentos los montos acumulados por concepto de cotizaciones obligatorias. Esto es lo que hace precisamente el Convenio con Perú, cuyo artículo 18 N° 3 inciso segundo señala “tratándose de cotizaciones voluntarias enteradas en Chile, estas podrán formar parte del traspaso..., en cuyo caso estarán afectas a las normas tributarias chilenas que gravan los retiros de dichas cotizaciones desde la cuenta de capitalización individual. Para efectos de esta tributación, estos afiliados se considerarán como pensionados.”

⁶⁴SUPERINTENDENCIA DE AFP, obra citada, Pág. 192.

En aplicación del principio del traspaso total de los fondos, la transferencia debe comprender la totalidad del saldo acumulado en las cuentas individuales, al margen del título en virtud del cual se hayan hecho los depósitos. En la práctica la portabilidad comprende:

- a) Totalidad de las cotizaciones obligatorias.
- b) Cotizaciones voluntarias.
- c) Depósitos convenidos o aportes del empleador según el caso. También deben considerarse los depósitos convenidos que el afiliado tuviese en alguna otra administradora diferente a la de su afiliación.

Destacando una vez más la normativa del convenio con Perú, cuando dentro del traspaso se incluyen cotizaciones voluntarias y depósitos convenidos, dichos fondos ingresarán en la parte receptora a la cuenta individual del trabajador en calidad de cotizaciones obligatorias. La razón de esto es evitar la doble tributación, por cuanto al ser retiradas las cotizaciones voluntarias y los depósitos convenidos, tributaron de acuerdo a la legislación chilena, pero cuando son recibidas por el sistema de destino, al ingresar como cotizaciones obligatorias, están exentas.

2. Sistema de Reparto: En este sistema, en virtud del principio de la solidaridad, los aportes realizados por los trabajadores no son de su propiedad, ni se registran en cuentas personales, sino que van a constituir un fondo común que distribuye los beneficios intergeneracionalmente, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo II, por lo tanto la portabilidad de fondos en este sistema requiere de una aplicación diferente ya sea que opere como sistema de origen o como receptor. Esta circunstancia depende del reconocimiento que hagan las legislaciones de los períodos cotizados en los sistemas de este tipo, de forma tal que puedan ser traspasados conjuntamente con el saldo de la

cuenta individual, si existieren aportes tanto en el sistema de reparto como de capitalización individual en el país de origen⁶⁵.

Al intervenir el bono de reconocimiento se presentan ciertas limitantes a su traslado. Por un lado, no todos los países cuentan con títulos representativos de la deuda reconocida por los aportes a los sistemas de reparto, mientras que por otro, hay países que realizan pagos complementarios a la pensión⁶⁶ complicando de esta forma la reciprocidad entre países.

Actualmente el reconocimiento que hacen las distintas legislaciones de los períodos anteriores se paga a los afiliados como sumaalzada, es decir, como bono de reconocimiento, o en forma de pensión. Además se dan casos en que no existe dicho reconocimiento, como sucede en Costa Rica y México.⁶⁷ En este sentido, lo que corresponde es compatibilizar las formas de pago en los casos de afiliados que se acojan al sistema de la portabilidad.

Hoy en día sólo tenemos el caso del Convenio Bilateral de Seguridad Social con Perú como ejemplo concreto de portabilidad de los fondos comprendidos en el bono de reconocimiento al que se tiene derecho cuando se aportó en un sistema de reparto.

El artículo 18 n°2 inciso segundo del mencionado convenio señala que la portabilidad implica el traslado de los recursos de la cuenta individual del afiliado más el bono de reconocimiento, si lo hubiera, y en tanto se cumpla con los requisitos de redención o liquidación de cada país. El número 5 del mismo artículo, por su parte, señala que “la redención o liquidación del bono de reconocimiento se hará efectiva únicamente en los caso que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles para

⁶⁵Esto porque la existencia de bonos de reconocimiento no esta ligada exclusivamente a sistemas de reparto en vigencia, ya que también en los sistemas de capitalización individual que reemplazaron un sistema de reparto anterior, al momento de calcularse las pensiones, consideran los períodos de aporte en el sistema antiguo.

⁶⁶Como el caso de Argentina, Bolivia y Uruguay.

⁶⁷ SEMINARIO MOVILIDAD de los Ahorros Provisionales.4 Diciembre 2001.2001, Santiago de Chile. FIAP-Cámara Chileno-Argentina de Comercio. sp.pp.

su redención o liquidación, de conformidad con la ley de la Parte Contratante en que el bono fue emitido. Si de acuerdo a la legislación de la Parte Contratante, desde la cual se retiran los fondos previsionales, no correspondiese la redención o liquidación del bono de reconocimiento, el afiliado tendrá derecho a transar dicho documento en el mercado secundario formal de esa Parte Contratante sólo para los efectos del referido traspaso”

El caso del convenio con Perú se hace cargo de las dificultades del traspaso del bono de reconocimiento de los años de aporte en el sistema de reparto. Para ello es importante convenir una modalidad según las posibilidades de redención o liquidación de este bono en cada uno de los países. Para estos efectos, las legislaciones establecen calendarios de redención cuya alteración implica un costo financiero para el sistema que lo otorga; por ello es que la alternativa de liquidar el bono al momento de la portabilidad, si bien permite hacer sólo una transferencia monetaria y la disposición inmediata del íntegro de los recursos, no resultaría favorable para el sistema de origen. Tampoco sería eficiente realizar una nueva transferencia de fondos una vez que el bono sea susceptible de liquidar, ya que elevaría los costos administrativos de la operación por el hecho de realizarse una doble transferencia, y porque introduce el tema de los costos de la custodia de dicho bono.

La solución del convenio con Perú es la posibilidad de transar el correspondiente bono de reconocimiento en el mercado secundario formal del país de origen. En este caso se cumple el objetivo de realizar una sola transferencia sin alterar los calendarios de liquidación, además de consolidar el principio de la desvinculación total del afiliado con su administradora de origen al momento de llevarse la totalidad de sus fondos acumulados, sin dejar remanentes vinculados a los años en que aportó en el sistema de reparto. Sin embargo, las ventajas de esta solución se encuentra con la dificultad de que la transacción de bonos todavía no es posible en todos los países.

Condiciones generales previas para llevar a cabo el traspaso

- Tratado o convenio bilateral o multilateral que establezca la posibilidad de transferir los fondos acumulados;

- Mecanismos que aseguren la finalidad exclusivamente previsional de los fondos trasladados;

- Establecimiento del rango de permanencia que es requerido y que justifica el traslado de los fondos. Al respecto se han planteado cuatro mecanismos de control:

a) Acreditar nacionalidad o residencia en el país de destino, con la ventaja de restringir la portabilidad a aquellos que hayan migrado de manera formal, pero con insuficiencia de no permitir una identificación certera de los afiliados que requieran los fondos con fines previsionales, además de la natural consecuencia de limitar los beneficios de la portabilidad a las condiciones para obtener la nacionalidad o residencia en los distintos países involucrados.

b) Número de años de afiliación en el país de destino, con la ventaja de favorecer la uniformación entre los países a través de un criterio simple, pero con el inconveniente de generar incentivos para buscar la afiliación en el país de destino con la intención de acceder al fondo de pensiones del país de origen con fines no previsionales, ya que bastaría un determinado número de años de afiliación nueva, para permitir el traspaso y una eventual recepción de beneficios que considere sólo los años de afiliación y no los ahorros acumulados para, por ejemplo, pensionarse anticipadamente y obtener excedentes de libre disposición.

c) Número de años de aporte en el sistema de destino. También es un criterio simple de uniformidad, pero que además demuestra con hechos el grado de compromiso con el sistema previsional de destino. Sin embargo, tanto en esta letra como en la anterior, los afiliados que no puedan permanecer en el mercado laboral durante el período requerido serían excluidos.

d) Cumplimiento de los requisitos para pensionarse en el país de destino. La portabilidad sería posible sólo si en el país de destino se está en condiciones de jubilar. Esto tiene la ventaja de identificar certeramente a aquellos que necesitan los recursos con fines previsionales, minimizándose el número de traslado de los fondos a sólo uno. Además la transferencia incluiría, cada vez que se tenga derecho, al bono de reconocimiento. Sin embargo, el afiliado podría mantenerse una gran cantidad de años sin aprovechar las mayores rentabilidades que le ofrece el país donde actualmente se encuentra residiendo por estar aún sus fondos en el país de origen.

- Determinación del momento y oportunidad del traslado de los fondos. Se proponen dos fórmulas: la transferencia en la etapa laboralmente activa del trabajador y la transferencia al momento de pensionarse;

- Establecimiento de mecanismos de transferencia de los fondos;

- La intervención en el proceso de transferencia en cada uno de los países por parte de la autoridad de supervisión que corresponda, garantizando que los fondos sean efectivamente aplicados a la finalidad previsional en ambos países, con la participación de las entidades privadas o públicas habilitadas a tal fin.

Tipologías de portabilidad⁶⁸:

El tipo de portabilidad depende de la naturaleza de los regímenes involucrados. Al respecto pueden intervenir regímenes de igual o distinta especie.

Si los regímenes son iguales pueden darse dos situaciones:

CASO 1: Ambos sistemas son de capitalización individual. En este caso la portabilidad implica el traslado de los recursos aportados de un sistema a otro.

⁶⁸ SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS DEL PERU. 2002. Lineamientos para la portabilidad de cuantías individuales. Caso Peruano (s/ed.). Lima. 10p

CASO 2: Ambos sistemas son de reparto: La portabilidad implica acordar mecanismos recíprocos de reconocimiento de años de aporte.

Si los regímenes son distintos pueden darse también otras dos alternativas:

CASO 3: El sistema de origen es de capitalización individual y el de destino es de reparto. La portabilidad implica compra del reconocimiento de años de aporte en el país de destino con los recursos acumulados en el país de origen.

CASO 4: El sistema de origen es de reparto y el de destino es de capitalización individual. La portabilidad implica encontrar mecanismos de reconocimiento de años de aporte en el sistema de origen, por ejemplo a través del establecimiento de un bono de reconocimiento, o un mecanismo que ofrezca beneficios que consideren los años aportados en el sistema de destino, por ejemplo, a través de una pensión mínima.

Según lo anterior se desprende que la complejidad de la portabilidad se incrementa en la medida que se involucre a sistemas de reparto, y explica la razón de que hasta hoy los convenios bilaterales de seguridad social con países con sistema de reparto no incluyan entre sus beneficios la portabilidad de fondos, y que el único caso de portabilidad se da con el Estado Peruano que tiene un sistema de capitalización individual implementado en forma paralela al sistema de reparto.

Transferencia de fondos o de derechos.

Hasta el momento se ha hecho incapié en la conveniencia de traspasar exclusivamente fondos de pensión y no de derechos asociados a él. Esto se relaciona con el principio de la desvinculación total de los fondos del país de origen. La razón de esta circunstancia es la asimetría que es posible encontrar en los distintos regímenes previsionales, aún cuando en ellos tenga aplicación el mismo sistema, ya sea de capitalización individual o de reparto.

Las asimetrías corresponden a los diferentes estatutos jurídicos que rigen tanto la cotización, la pensión y los derechos que los aportantes tienen frente al sistema, y si bien algunas han sido vistas anteriormente debido a su importancia como requisitos previos para dar viabilidad a la portabilidad, existen otras que, aunque no sean esenciales para ella, importan a la hora de analizar si además de los meros fondos, pueden traspasarse a su vez los derechos asociados:

Carácter sustitutivo, mixto o paralelo del sistema de pensiones. Esto se refiere a que los distintos países que originalmente tenían un sistema de reparto no han adoptado necesariamente el sistema de capitalización individual en forma pura, sino que aplican diferentes modalidades a la hora de decidir acoger el nuevo sistema;

Aplicación Sustitutiva. La implementación del sistema de capitalización individual ha cerrado el sistema público reemplazándolo en forma plena;

Aplicación Paralela: El sistema público de reparto no es eliminado, pero se termina con su monopolio y es convertido en la alternativa a un nuevo sistema de capitalización individual;

Aplicación Mixta: El sistema de reparto es reformado y pasa a ser un componente del esquema, que se combina con la nueva modalidad de capitalización individual. El sistema de reparto reconoce una pensión básica de prestación definida y el de capitalización, una pensión complementaria no definida.

El siguiente cuadro muestra las diferentes implementaciones que se han dado en algunos países de América que han realizado reformas estructurales a sus sistemas de previsión⁶⁹.

Tabla N° 1: Reformas a los sistemas de previsión en algunos países latinoamericanos.

⁶⁹ EQUIPO DE REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES EN EL BPS, obra citada, Pág. 47

<i>Países</i>	<i>Tipo de Reforma</i>	<i>Año de la Reforma</i>
Argentina	Mixta	1993
Bolivia	Sustitutiva	1996
Chile	Sustitutiva	1981
Colombia	Paralela	1993
Costa Rica	Mixta	2001
El Salvador	Sustitutiva	1996
México	Sustituiiva	1995
Nicaragua	Sustitutiva	2001
Perú	Paralela	1997
República Dominicana	Sustitutiva	2001
Uruguay	Mixta	1995

Cobertura de contingencias garantizada por cada régimen. Los objetivos mínimos de la Seguridad Social pueden verse ampliados en mayor o menor medida por la legislación correspondiente, y por lo tanto habrá contingencias que en ciertos países se aseguren y que en otros no hayan sido recogidas por el sistema previsional. La aplicación del principio de la voluntariedad toma fuerza en este punto por cuanto el traslado de los fondos no siempre puede convenir al aportante, ya que el país de origen puede ofrecer mejores beneficios que el de destino;

Tasas de cotización: No en todos los países se aplica una misma tasa de cotización. El porcentaje de los ingresos de los trabajadores destinado a la seguridad social es distinto según la legislación vigente para cada sistema de acuerdo a las contingencias cubiertas y

los beneficios otorgados. Por otra parte existen casos en que se incluyen las prestaciones de salud, en aplicación del principio de la integralidad, propio de los sistemas de reparto.

Edad de retiro: En general, las edades de retiro oscilan entre los 60 y 67 años de edad.

Condiciones para pensionarse por concepto de invalidez y fallecimiento: en cuanto al número de años exigido de cotizaciones y a las características de la invalidez.

Comisiones sobre saldo o flujo. Se refieren a los cobros por conceptos de costos y gastos de administración de las cuentas individuales de cargo de los afiliados. Éstas pueden ser de tres formas: sobre flujos, sobre saldo o una combinación de ambas. Las sobre flujo normalmente se expresan en porcentajes de la remuneración, y las sobre saldo pueden ser como un porcentaje fijo anual del saldo acumulado o bien como un porcentaje de la rentabilidad real.

Reconocimiento y pago de deudas implícitas. Estas deudas se refieren al déficit que se origina una vez implementado el sistema de capitalización individual, por cuanto se dejan de recibir aportes destinados al fondo común, pero se debe continuar sirviendo las prestaciones de los actuales pasivos y de aquellos afiliados activos que accedan a una prestación en el futuro.

Cobertura de seguros. Dentro de las coberturas que prestan las administradoras existen algunas que tiene la naturaleza jurídica de un seguro, como el caso de aquel porcentaje adicional de la cotización en el sistema chileno que cubre enfermedades profesionales y accidentes del trabajo al margen de la Ley 16.744.

Avaluación y rentabilidad de los fondos. En los distintos sistemas existen restricciones y libertades para la inversión de los fondos de las cuentas individuales por parte de las administradoras. Por otra parte, si el sistema es de reparto, el concepto de rentabilidad no es aplicable.

Garantías de haberes mínimos. En la mayoría de las legislaciones se determinan haberes o pensiones mínimas en atención al principio de la suficiencia de las prestaciones en materia de seguridad social.

Tratamiento impositivo. Este tema se trató al ver la aplicación de la portabilidad en los sistemas de capitalización individual, en lo relativo al gravamen de las cotizaciones y de las pensiones; sin embargo el tema es también atingente en los sistemas de reparto por cuanto debe determinarse la carga tributaria de las remuneraciones afectas al descuento en favor del fondo único, así como la pensión recibida, la que normalmente estará exenta.

Financiamiento de un Sistema de Portabilidad

El traspaso de los fondos de pensión en virtud de las normas de la portabilidad implica, así como todas las prestaciones de las instituciones involucradas, costos de administración. Frente a esto existen tres alternativas de financiamiento posibles:

Los costos son de cargo del propio afiliado, por cuanto es el agente más interesado en la transferencia, pero necesitaría de un aporte adicional, ya que de acuerdo al principio de la intangibilidad de los fondos de pensiones, los costos no podrían asumirse con cargo a ellos.

Administradora de Origen: Esta alternativa es la menos viable, porque este agente no recibe ningún incentivo inmediato por la transferencia.

Administradora de Destino: Esta opción se justifica claramente porque es ella la que administra los fondos transferidos y obtiene las comisiones correspondientes. En este sentido, para asegurar el beneficio esperado, es posible la celebración de contratos de permanencia entre el afiliado y la nueva administradora a cargo de los fondos.

Siempre es posible, por supuesto, la implementación de modalidades compartidas de financiamiento.

Procedimiento tentativo para un sistema de portabilidad

El procedimiento del traspaso debe resguardar los principios fundamentales en materia de seguridad social, así como aquellos propios del sistema de portabilidad.

En primer lugar, según los principios de intangibilidad de los fondos y de su fin previsional forzoso, el traspaso debe hacerse de manera directa y por vía interna entre los entes involucrados, ya sean las administradoras mismas o los organismos de enlace de los respectivos países, o unos con otros en forma complementaria, evitando que sea el mismo afiliado quien haga el traslado material de los fondos, bajo el riesgo de que éste le de torcidamente un fin distinto al previsional.

Los organismos de enlace debieran ser las superintendencias que correspondan en cada uno de los sistemas según sea que tengan el sistema de capitalización o de reparto, tal como sucede en la aplicación de los convenios bilaterales de seguridad social.

Para los efectos de dar curso al mecanismo de la portabilidad, el afiliado debería acreditar, ante el organismo de enlace correspondiente los supuestos que hacen aplicable el procedimiento: certificado de existir fondos acumulados en un país con quien rija un convenio de portabilidad; demostrar la nacionalidad o residencia en el país de destino; acumular un número determinado de años como afiliado en el país de destino o un número determinado de años cotizando; y un estado de cuenta de la administradora de origen.

Cabe recalcar que resulta esencial una afiliación vigente en el sistema de destino, por cuanto es indispensable la existencia de una administradora que reciba los fondos una vez que estos sean remitidos por la administradora de origen, por lo que no podría faltar la presentación de un certificado de afiliación ante el organismo de enlace respectivo.

En cuanto al procedimiento mismo hay que distinguir si el sistema que se adopte permite o no el traspaso de los fondos durante la vida activa del trabajador o lo posterga hasta el cumplimiento de los requisitos para pensionarse en el país de destino:

Si se acepta la portabilidad antes del derecho a pensionarse, el afiliado debería concurrir por sí mismo o por medio de la administradora a la que esté afiliado en el país de destino, al respectivo organismo de enlace del país donde resida. Desde luego que su obligación será concurrir al organismo correspondiente al lugar donde se encuentre residiendo en ese momento y no al que corresponda al país desde donde migró.

Si el mecanismo se aplica al momento de pensionarse en el país de actual residencia, debería ser la misma administradora que pagará la pensión la que inicie el procedimiento para rescatar los fondos acumulados en otros sistemas. Una vez hecho lo anterior, el organismo de enlace del país de destino debe enviar una comunicación al organismo de enlace del país de origen para que éste a su vez comunique a la administradora donde se encuentran los fondos a retirar, que inicie un proceso de informe acerca del estado de cuenta respectivo, y dar cumplimiento, previo al envío de los fondos, de la normativa tributaria local. El envío material de los fondos debería hacerse directamente a la administradora en donde el afiliado esté actualmente cotizando en el país de destino. De esta forma se abaratan los costos administrativos derivados de la intervención de más agentes en el proceso de remesa, sin perjuicio de que en busca de mayor control y seguridad se haga intervenir a alguno o a los dos organismos de enlace involucrados.

En el caso de solicitarse el traspaso al momento de pensionarse, este procedimiento puede tener alcances bilaterales o multilaterales, dependiendo de si el trabajador tuvo residencia en múltiples países durante su vida activa en los que acumuló fondos previsionales, si con todos ellos existe convenio que permita la portabilidad. Es por eso que lo ideal sería la firma de un convenio multilateral de portabilidad entre los países latinoamericanos, en un principio y por la menor complejidad de su implementación, con aquellos que tienen un sistema de capitalización individual. También, y una vez que se logre un acuerdo de uniformidad en el reconocimiento de los años de aporte en los sistemas de reparto, es de esperar la inclusión de aquellos países que mantienen un sistema público de pensiones.

CONCLUSIONES FINALES

En el proceso actual globalizador se produce una contradicción manifiesta. Quizá nunca habíamos tenido un contexto más propicio que el actual para la plena liberalización en el flujo de bienes, servicios y capitales. Sin embargo, este mismo ímpetu no se concreta de la misma forma al hablar de la circulación de personas que cada día enfrenta más barreras formales a su libre desplazamiento, ya sea por razones de soberanía o de protección de intereses internos, como la protección de la fuerza laboral interna o el tan en boga tema del terrorismo internacional. El no tener un sistema fluido de movilidad de fondos de pensiones se transforma en una barrera más a la libre circulación de las personas, presentándose como un obstáculo real a los intereses y oportunidades que se tienen en cuenta a la hora de migrar, sobre todo si se piensa en países con los que no existen ni siquiera convenios de seguridad social que permitan al menos el reconocimiento de los años laborales activos como aportante.

La necesidad de formalizar el proceso de entrada y permanencia de personas en los países obliga a tomar medidas también en el área de la seguridad social. Las soluciones no deben atender sólo a los requisitos de ingreso sino a cómo se formaliza su permanencia y su eventual salida del país, siendo este último punto aquel donde la portabilidad se comporta como un factor importante en ese proceso de formalización. Además de eliminar una barrera de entrada ilegítima, la portabilidad regula los efectos del abandono que el migrante hace del país en lo referido a los fondos que acumuló durante su permanencia y que ahora pueden seguirlo al lugar donde decida asentarse.

El flujo migratorio esta cada vez más segmentado, vale decir, orientado a las migraciones calificadas, ya que la tecnología ha traído un aumento en la complejidad de las labores, de manera que si existe el interés de recibir fuerza laboral calificada estimada como valiosa para el mercado laboral receptor, debe implementarse un sistema

de portabilidad de fondos que solucione los problemas referidos a la seguridad social de trabajadores migrantes en materia de pensiones.

Sin perjuicio de lo anterior, las soluciones en materia previsional deben responder tanto a las migraciones calificadas como a las no calificadas. En un mundo globalizado, al margen de lo deseable que puedan ser las calificadas por sobre las que no lo son tanto, el viejo principio laboral de la primacía de la realidad obliga a tener en cuenta también a quienes tienen una calificación inferior. Es así como la normativa de técnicos extranjeros tiene un sesgo discriminatorio tanto desde el punto de vista de su tenor literal (que sólo se hace aplicable a los técnicos), como desde su interpretación. Así lo demuestra la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de AFP que negó la aplicación de los beneficios de la Ley 18.156 a un monitor de tenis español por no calificar dentro de lo que la ley entiende por “técnico extranjero”. En su dictamen FIS-05 de Enero de 2003, y a requerimiento de una administradora, excluyó al mencionado ciudadano español por cuanto los estudios del interesado “no reúnen las exigencias de un proceso educativo formal”⁷⁰

Un importante objetivo de un sistema de portabilidad es asegurar el respeto del principio de la intangibilidad de los fondos con anterioridad al cumplimiento de los requisitos legales para pensionarse, por lo que deben aplicarse los resguardos necesarios para que los afiliados que trasladen sus fondos desde un país a otro, den estricto cumplimiento a este objetivo principal. Esta situación, pese a lo evidente que resulta, no se cumple en todos los casos de traspaso de fondos. En la Ley 18.156, si bien no se aplica la portabilidad de fondos como tal, se permite el retiro anticipado de los fondos cotizados en Chile, sin embargo, nada asegura que esos fondos retirados sean utilizados con un fin previsional en el país de destino, ya que son entregados, luego de hacer los cargos tributarios correspondientes, en forma directa al interesado.

⁷⁰ SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2003. Boletín Estadístico N° 172. (en línea). Santiago de Chile. <http://www.safp.cl/inf_estadistica/boletines/boletin172.pdf > (consulta: 10 Noviembre 2003).

Como se advirtió, si bien la normativa aplicable a los técnicos extranjeros no trata acerca de la portabilidad de los fondos de pensión, sí representa un reconocimiento al tema de las migraciones laborales y en especial al derecho de retirar los fondos de pensiones. Al no contemplar esta legislación el resguardo del fin previsional forzoso, se convierte en un mal precedente para la instauración de un sistema de portabilidad de fondos que se aplique en forma general.

Al margen de la temporalidad o permanencia de los migrantes laborales, las soluciones de la portabilidad pueden aplicarse siempre, ya sea para tener control directo sobre los ahorros previsionales en caso de estadía temporal, o para pensionarse en el nuevo país de asentamiento en el caso de migraciones permanentes. Esto quiere decir que no es necesario esperar al momento de pensionarse para dar aplicación al sistema de portabilidad de fondos, ya que tal como se mencionó en el capítulo 3, existen razones como para permitir este mecanismo desde el tiempo en que el afiliado simplemente cambie de residencia, sin perjuicio de medidas adicionales de resguardo para garantizar el fin previsional del traspaso y no el meramente especulativo. Las razones están dadas por el aprovechamiento de las ventajas del mercado receptor y evitar la intervención de un gran número de países y sus respectivos organismos de enlace si el afiliado cotizó en más de dos Estados, por cuanto a la hora de pensionarse deberán intervenir todos, ya que los fondos se mantuvieron forzosamente en cada uno de los entes receptores al no permitirse el traslado a medida que fue cambiando el lugar de residencia.

Un convenio multilateral de portabilidad favorece al migrante global y regional, por lo tanto debe ser un esfuerzo de la misma índole que busque la uniformidad en el tratamiento de este problema real en materia de pensiones de trabajadores migrantes. En la medida que queden más países al margen de esta corriente legislativa internacional, la solución será menos eficiente a nivel general, ya que en principio, un trabajador no debería verse afectado por el hecho de que el país donde decidió migrar no tenga suscritos convenios de seguridad social que acojan la portabilidad como uno de sus derechos.

Un sistema multilateral de portabilidad no favorece de por sí a ningún país o mercado en particular, sino a la región completa, por cuanto hace partícipes de este fenómeno a todos los Estados parte ya que, de la misma forma en que permite que desde sus mercados salgan fondos, permite también que ingresen otros tantos provenientes de toda la región. Este fenómeno económico se condice con la multilateralización de un importante campo de fenómenos a nivel mundial y regional. Los tratados bilaterales de libre comercio y aquellos existentes entre zonas económicas sientan las bases para la expansión de este nuevo espíritu también a los fondos generados por los aportes de seguridad social, más aún si se atiende a la progresiva implementación de sistemas privados de pensiones.

Para nuestro país, la implementación de la portabilidad de fondos tiene una gran importancia: por una parte, al ser el país pionero en instaurar el sistema de capitalización individual, será el primero en pagar pensiones derivadas de la cotización exclusiva en el sistema privado; por otro lado, debido a la solidez de su economía, se abren dos nuevos flancos de migraciones laborales, aquella de los extranjeros que ingresan buscando mejorar su calidad de vida, y aquella de los nacionales que, debido a su mejor formación académica, son requeridos en otros mercados donde las especialidades aquí adquiridas sean más escasas. Es por esto que la portabilidad de fondos es cada vez más necesaria si se busca una solución real y eficiente al problema de las migraciones laborales contemporáneas.

Si analizamos el sistema de portabilidad como la posibilidad de gestionar la obtención de una pensión única aprovechando las cotizaciones o aportes hechos durante toda la vida laboral activa, a diferencia de los convenios sobre seguridad social existentes que permiten reconocer períodos de afiliación en otros países, pero no trasladar esos fondos para obtener una pensión única, podemos concluir que en nuestro sistema de pensiones se da aplicación a los mecanismos de la portabilidad de fondos cuando al momento de pensionarse en el sistema privado, existen aportes hechos al sistema antiguo que administra hoy el INP. En efecto, cuando analizábamos la aplicabilidad de la

portabilidad entre un sistema de reparto y uno de capitalización individual señalábamos la necesidad de establecer un modo de reconocimiento de los años en que se hicieron aportes en el primer sistema. Pues bien, ese mismo mecanismo ya opera en Chile para aquellos que al implementarse la reforma o en un período posterior decidieron afiliarse a alguna administradora privada de fondos, dejando atrás un determinado número de años de aporte al sistema público. Hoy, al momento en que esos afiliados tengan derecho a pensionarse, el INP debe emitir el denominado “bono de reconocimiento” cuya suma deberá agregarse al saldo de su cuenta de capitalización individual para los efectos de calcular la pensión a recibir en los próximos años, siendo esta pagada por la AFP correspondiente o la compañía de seguros si se opta por un sistema de renta vitalicia, quedando el INP absolutamente desvinculado de este nuevo pensionado. Si el INP, de acuerdo a sus registros puede determinar la cantidad de dinero que le corresponde a cada afiliado al momento de pensionarse en una AFP, es perfectamente planteable también la posibilidad de implementar la portabilidad de fondos entre sistemas distintos, según lo que se indicó en las Tipologías de Portabilidad en el capítulo tercero, donde se hablaba precisamente de un bono de reconocimiento. Si bien deben disminuirse las asimetrías asociadas, estas no son insalvables ni cuando los sistemas son iguales ni cuando estos son diferentes, tal como lo demuestra la forma en que en nuestro sistema se trata la transición entre el sistema público de reparto y el privado de capitalización individual.

En definitiva, estamos por la implementación pronta de un sistema multilateral de portabilidad de fondos de pensiones que elimine esta adicional barrera de entrada y salida de los trabajadores de la región. Al respecto creemos que no es efectiva la aprehensión de limitar la portabilidad a los sistemas de capitalización individual, porque al margen de tener que solucionarse las asimetrías de cada país, la teoría y la práctica demuestran que su implementación es posible en sistemas de distinta naturaleza, tal como se explicó en el punto anterior al hablar del caso chileno en lo relativo al traspaso inter-sistemas. Además los objetivos últimos de la portabilidad son anteriores a cualquier sistema de pensiones que en la especie tengan los países: el ahorro previsional debe seguir al trabajador donde sea que decida asentarse, por cuanto así como la fuerza

laboral ha sido única, con independencia de los países en que se haya desempeñado, así también debe ser la pensión, con independencia de los países en que haya hecho aportes o cotizaciones de seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

Capítulo I

CHILE. Constitución Política de la República de Chile. 1980.

CHILE. Código del Trabajo, Capítulo III, “De la nacionalidad de los trabajadores”

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1949. Convenio 97, sobre Trabajadores Migrantes, Ginebra.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1975. Convenio 143 sobre Trabajadores Migrantes, Ginebra.

AMNISTIA INTERNACIONAL. 2003. 30 de junio de 2003 Entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (en línea) <<http://www.es.amnesty.org/>> (consulta. 24 Agosto 2003)

CEPAL. 2002. Globalización y desarrollo, 1º ed. Santiago, Chile. 396p.

DI FILIPPO, ARMANDO. 2000. Impacto de la Globalización y de los acuerdos de integración regional en países de origen y destino de corrientes migratorias. En: SIMPOSIO SOBRE migración internacional en las Américas: 4 a 6 de Septiembre de 2000. San José de Costa Rica. CEPAL, Naciones Unidas.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS. 2003. Resultados Generales del Censo de 24 de Abril de 2002 (en línea) Santiago de Chile.<www.ine.cl> (consulta 25 Agosto 2003).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS. 2003. Registro de Chilenos en el exterior, (en línea) Santiago de Chile, <www.ine.cl>, (consulta: 25 Agosto 2003)

MARMORA, LELIO. 1997. Las políticas de migraciones internacionales. Oficina Internacional de Migraciones. Buenos Aires, Alianza Madrid. 210p.

MILANOVIC, BRANKO. 2001. World Income Inequality the Second half of the 20th Century. Whashington D.C. Banco Mundial. 71p

PELLEGRINO, ADELA. 2000. Migrantes latinoamericanos: síntesis histórica y tendencias recientes. En: SIMPOSIO SOBRE migración internacional en las Américas. 4 a 6 de Septiembre de 2000. San José de Costa Rica. CEPAL, Naciones Unidas. pp. sp.

ROIG VILAS, MARTA (s/a) Migraciones Internacionales y Globalización: Tendencias Migratorias Internacionales y Regionales, 1965-2000. (en línea), Nueva York.División de Población Naciones Unidas, <<http://lanic.utexas.edu/~sela/AA2K2/ESP/docs/Coop/migra/spsmirdi6-02/spsmirdi6-9.htm#graf4>>(consulta: 28 Agosto 2003.)

ROMAGNOLI, GINO. 1999. Estudio comparativo de la legislación migratoria de los países del Cono Sur. Buenos Aires, OIM, 230p.

BERNARDO SUBERCASEAUX. 2002. Globalización, nación y cultura en América Latina. Santiago de Chile. Organización de Estados Americanos. 37p.

STALKER PETER. 1995 *Les Travailleurs Immigrés*. Ginebra, OIT., 330p.

Capítulo II

CHILE. Ministerio del Trabajo. 1980. DL 3.500: Establece Nuevo Sistema de Pensiones. 13 de Noviembre de 1980.

CHILE. Ministerio del Trabajo. Ley 16.744: Normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. 1 Feb 1968.

CHILE. Ministerio del Trabajo. Ley 18.156, modificada por la Ley 18.726: Exime de cotizaciones provisionales, bajo las condiciones que indica, a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten. 25 de Agosto de 1982.

CHILE. Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y la República del Perú, texto aprobado por el congreso, y pendiente de promulgarse.

CHILE. Servicio de Impuestos Internos. CIRCULAR N° 54 del 17 de Diciembre 1982

CHILE. Superintendencia de AFP. CIRCULAR N° 553 del 28 de octubre 1988

CHILE. Superintendencia de AFP. CIRCULAR N° 1253 del 17 de Marzo 2003

CHILE. Superintendencia de AFP. OFICIO ORDINARIO N° 18749, del 29 de Noviembre de 2002.

CHILE. Servicio de Impuestos Internos OFICIO ORDINARIO N° 2758 del 25 de Julio del 2002.

EQUIPO DE REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES EN EL BANCO DE PREVISION SOCIAL DEL URUGUAY. 2002. Seguridad Social en el Mercosur y Chile, las incidencias de los procesos de integración sobre los sistemas nacionales. Montevideo. FESUR.99p.

FUNDACION INTERAMERICANA. 2003. Convenios Bilaterales Sobre Seguridad Social. (en línea) < www.finteramericana.org > (consulta: 6 Octubre 2003)

HUMERES MAGNAN, H. y HUMERES NOGUER, H. 1994. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 14° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 696p.

MESA REDONDA FIAP- OIT reforma a Las Pensiones: lecciones de la experiencia práctica con sistemas de capitalización individual: 9 y 10 de Octubre de 2003. 2003. Santiago de Chile, FIAP- OIT, pp. sp.

MINISTERIO DE PLANIFICACION Y COOPERACION. 2002. Resultados de la VII Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN 1998). Documento N°21 Características de los Sistemas de Previsión Social y sus afiliados en Chile, MIDEPLAN, 131p.

SABINO CARLOS. 1997. Los sistemas de Previsión Social: Un ejercicio de Simulación. Revista Venezolana de Ciencias Sociales (4): 155-168.

SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2002. El Sistema Chileno de Pensiones. 5ª Edición, Santiago de Chile. Noviembre 2002, 241p.

SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2003. Sección Preguntas Frecuentes, (en línea) < www.safp.cl > (consulta: 15 Noviembre 2003).

Capítulo III

CHILE. Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y la República del Perú, texto aprobado por el congreso, y pendiente de promulgarse.

EQUIPO DE REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES EN EL BANCO DE PREVISION SOCIAL DEL URUGUAY. 2002. Seguridad Social en el Mercosur y Chile, las incidencias de los procesos de integración sobre los sistemas nacionales. Montevideo. FESUR. 99p.

SEMINARIO MOVILIDAD de los Ahorros Provisionales.4 Diciembre 2001.2001, Santiago de Chile. FIAP-Cámara Chileno-Argentina de Comercio. sp. pp.

SERIE DE ESTUDIOS ASOCIACION DE AFP. 2001. Santiago. Chile (16)

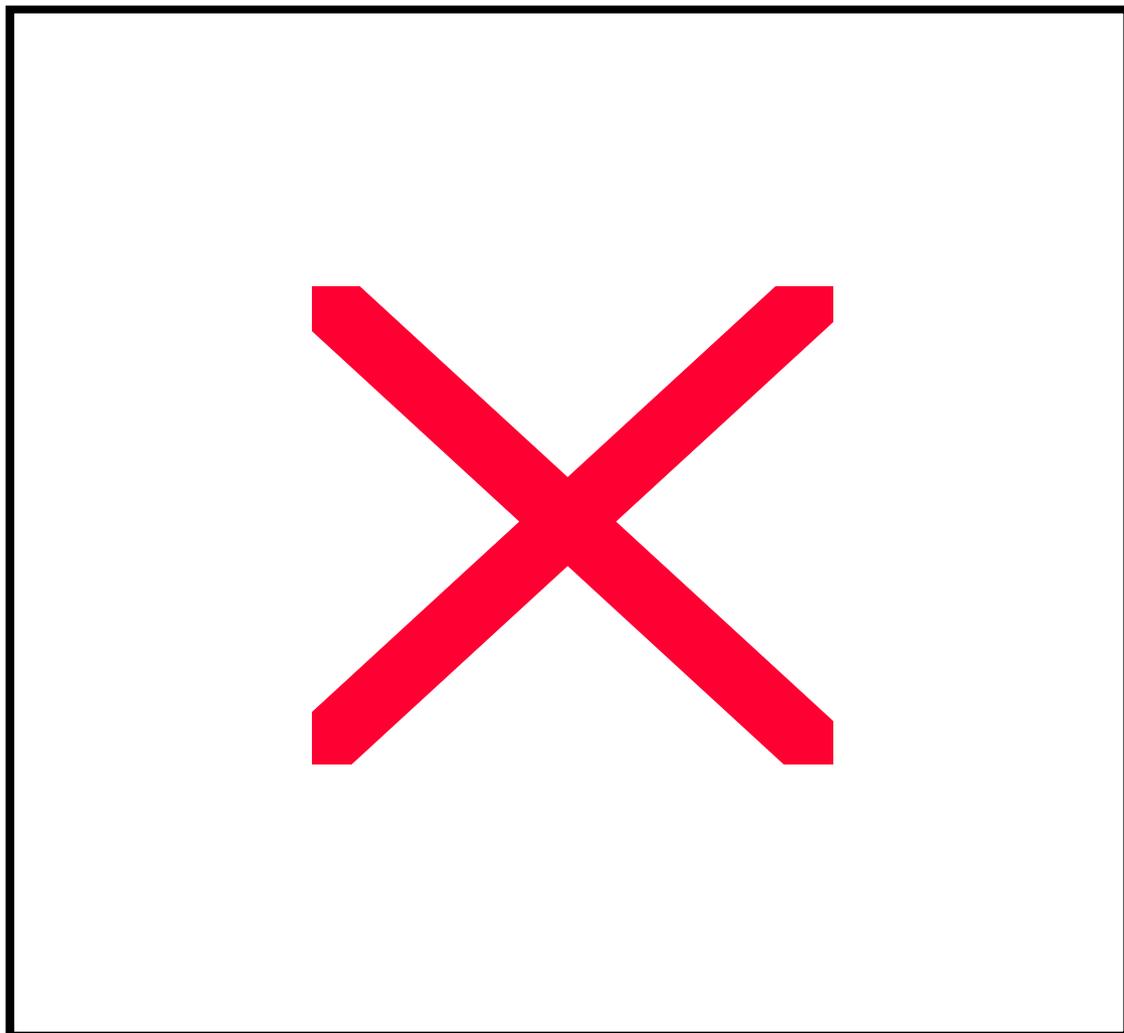
SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y PENSIONES. 2002 Portabilidad de los sistemas de pensiones privadas. Buenos Aires. (s/ed). 11p.

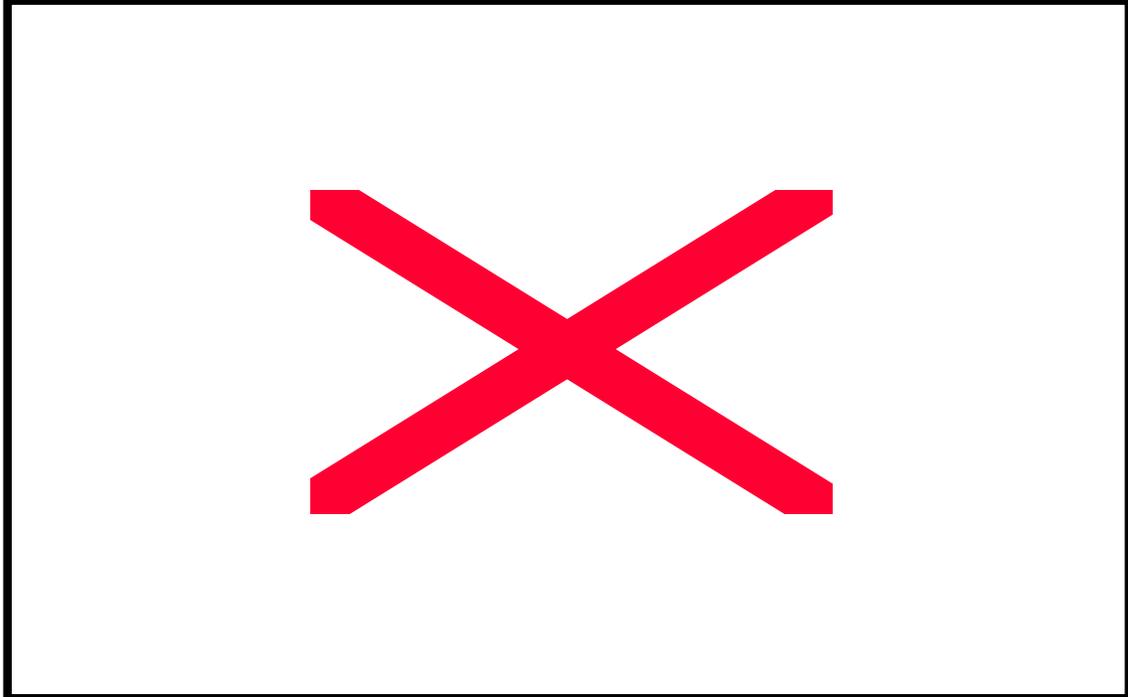
SUPERINTENDENCIA DE AFP. 2002. El Sistema Chileno de Pensiones. 5ª Edición, Santiago de Chile. Noviembre 2002, 241p.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS DEL PERU. 2002. Lineamientos para la portabilidad de cuantas individuales. Caso Peruano (s/ed.). Lima. 10p

ANEXOS

Anexo 1





Anexo 2

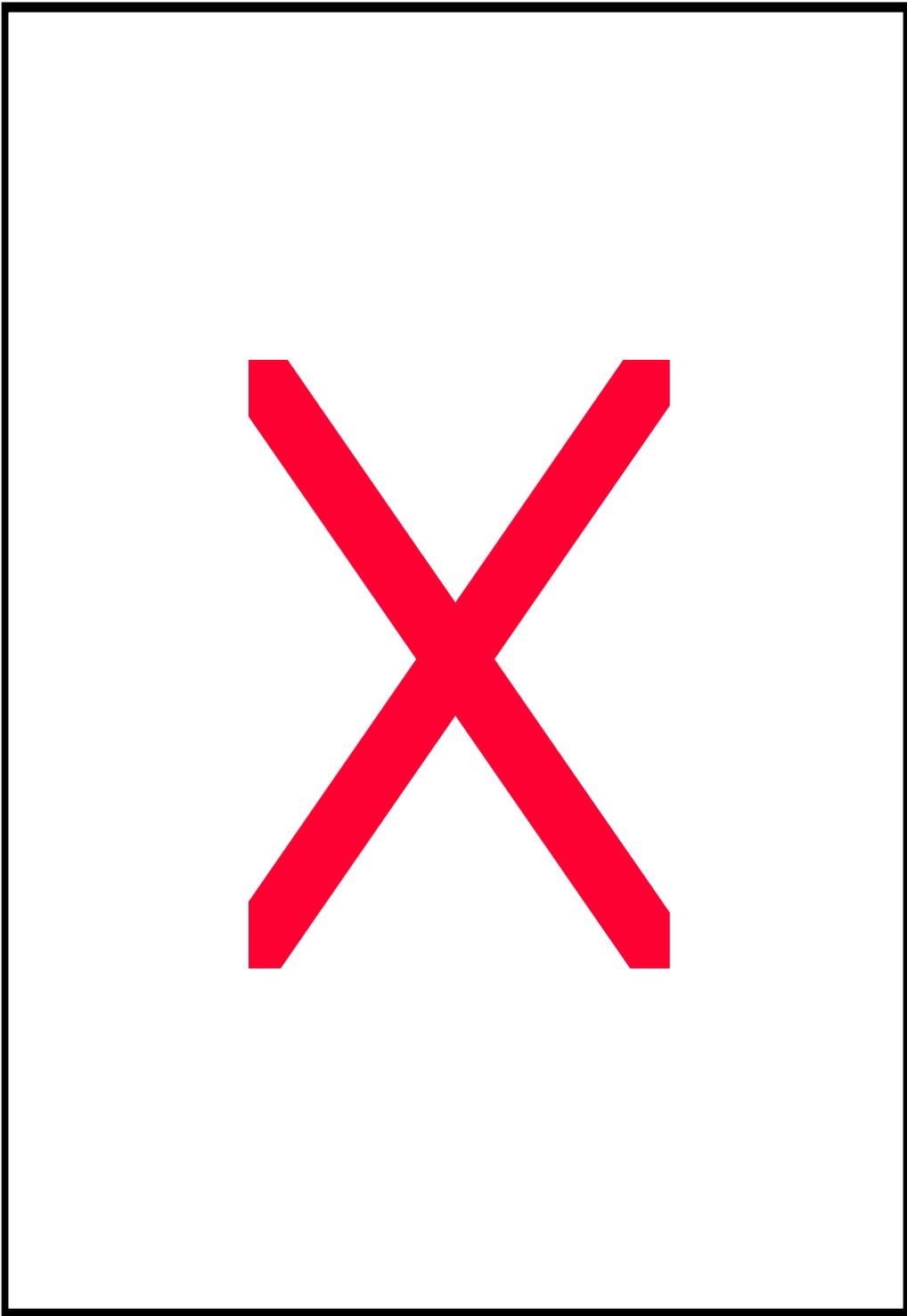
Fuente: Branko Milanovic, “World Income Inequality in the Second Half of the 20th Century”, Washington, D.C., Banco Mundial, 2001, inédito.

Anexo 3

CLAUSULAS, ORGANOS, MECANISMOS, COMPROMISOS	UNION EUROPEA	COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	MERCADO DE COMUN DE LA COMUNIDAD DEL CARIBE	MERCADO COMUN CENTRO- AMERICANO	MERCADO COMUN DEL SUR
I. Organos y mecanismos de Consulta y Cooperación en Temas Sociales, con especial referencia a los educacionales y Culturales.	Programas Sócrates de Leonardo. Centro Europeo para el Desarrollo de Entrenamiento Vocacional Todos los títulos académicos tienen validez a nivel	Convenio Simón Rodríguez sobre Políticas Sociolaborales. Convenio Andrés Bello sobre Educación y Cultura. Convenio Hipólito Unanue sobre Salud. Universidad Andina	Consejos de Ministros de Salud, Educación, Trabajo, etc. Universidad de Guyana Universidad de las	Consejo de Integración Social. Consejo de Ministros del Area Social. Secretaría de Integración social	Reuniones de Ministros de Salud, Educación, Trabajo, Bienestar Social, etc. Plan Trienal para el Sector Educación. Subgrupo de Trabajo Número

	comunitario.	Simón Bolívar	Antillas Occidentales.		10 sobre Relaciones Laborales.
2. Organos de Representación Económica y Social de naturaleza consultiva.	Comité Económico y Social.	Consejo Consultivo Empresarial (CCEA) Consejo Consultivo Laboral (CCLA)		Comité Consultivo del SICA (con representación de empresarios, campesinos, trabajadores y universidades)	Foro Consultivo Económico y Social.
3. Organos de representación legislativa de naturaleza consultiva.		Parlamento Andino.	Asamblea Parlamentaria de la Comunidad del Caribe.(Assembly of Caribbean Community Parliamentarians)	Parlamento Centroamericano (PARLACEN)	Comisión Parlamentaria Conjunta
4. Derechos y Garantías (individuales, sociales, políticas) Vinculantes y no vinculantes.	Carta Social y Protocolo Social de Plena libertad migratoria. Múltiples normas vinculantes reconociendo los derechos sociales de los migrantes oriundos de países miembros de la UE.	Instrumento Andino de Seguridad Social (Decisión 113). Normas sobre trabajadores migrantes (Decisión 116). Declaración del Consejo Presidencial sobre Democracia e integración (es preparatorio de un Protocolo vinculante en proceso de elaboración.)	Carta de la Sociedad Civil (Charter of Civil Society). Acuerdo sobre Seguridad Social (Agreement on Social Security).	Tratado de Integración Social Centroamericano (SICA). Tratado de Seguridad Democrática.	Protocolos de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios. (varios niveles). Convenio Multilateral de Seguridad Social . Comisión Socio Laboral
5. Organos Mecanismos y Recursos de Nivel Comunitario (vinculantes).	Comisión, Parlamento Europeo, Tribun. de Justicia.Fondo Social Europeo.	Tribunal de Justicia.	Solución de Controversias: Tribunales Ad Hoc.	Tribunal de Justicia.	Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

Anexo 4



Fuente: Naciones Unidas (1996)

Anexo 5

Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo

Convenio relativo a los migrantes (revisado en 1949)

Entrada en vigor desde el 22/01/1952

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1939, adoptado por la Conferencia en su vigésima quinta reunión, cuestión que está comprendida en el undécimo punto del orden del día, y

Considerando que estas proposiciones deben revestir la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949:

Artículo

1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a poner a disposición de la Oficina Internacional del Trabajo y de cualquier otro Miembro, cuando lo soliciten:

- a) Información sobre la política y la legislación nacionales referentes a la emigración y a la inmigración;
- b) Información sobre las disposiciones especiales relativas al movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de trabajo y de vida;
- c) Información sobre los acuerdos generales y los arreglos especiales en estas materias, celebrados por el

Miembro en cuestión.

Artículo

2

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esta índole.

Artículo

3

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga, siempre que la legislación nacional lo permita, a tomar todas las medidas pertinentes contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir en error.

2. A estos efectos, colaborará, cuando ello fuere oportuno, con otros Miembros interesados.

Artículo

4

Todo Miembro deberá dictar disposiciones, cuando ello fuere oportuno y dentro de los límites de su competencia, con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes.

Artículo

5

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener, dentro de los límites de su competencia, servicios médicos apropiados encargados de:

a) Cerciorarse, si ello fuere necesario, de que, tanto en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos es satisfactoria;

b) Velar por que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino.

Artículo

6

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

a) Siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades

administrativas:

i) La remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

ii) La afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;

iii) La vivienda;

b) La seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:

i) De acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.

ii) De disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

c) Los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

d) Las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio.

2. En el caso de un Estado federal, las disposiciones del presente artículo deberán aplicarse siempre que las cuestiones a que se refieran estén reglamentadas por la legislación federal o dependan de las autoridades administrativas federales. A cada Miembro corresponderá determinar en qué medida y en qué condiciones se aplicarán estas disposiciones a las cuestiones que estén reglamentadas por la legislación de los estados constitutivos, provincias, cantones, o que dependan de sus autoridades administrativas. El Miembro indicará en su memoria anual sobre la aplicación del Convenio en qué medida y en qué condiciones las cuestiones

comprendidas en el presente artículo están reglamentadas por la legislación federal o dependen de las autoridades administrativas federales. En lo que respecta a las cuestiones que estén reglamentadas por la legislación de los estados constitutivos, provincias, cantones, o que dependan de sus autoridades administrativas, el Miembro actuará de conformidad con las disposiciones establecidas en el párrafo 7, b), del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo

7

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a que su servicio del empleo y sus otros servicios relacionados con las migraciones colaboren con los servicios correspondientes de los demás Miembros.

2. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por su servicio público del empleo no ocasionen gasto alguno a los trabajadores migrantes.

Artículo

8

1. El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Miembro.

2. Cuando los trabajadores migrantes sean admitidos de manera permanente desde su llegada al país de inmigración, la autoridad competente de este país podrá decidir que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no surtirán efecto sino después de un período razonable, el cual no será, en ningún caso, mayor de cinco años, contados desde la fecha de la admisión de tales migrantes.

Artículo

9

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a permitir, habida cuenta de los límites fijados por la legislación nacional relativa a la exportación y a la importación de divisas, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías del trabajador migrante que éste desee transferir.

Artículo

10

Cuando el número de migrantes que van del territorio de un Miembro al territorio de otro sea considerable, las autoridades competentes de los territorios en cuestión deberán, siempre que ello fuere necesario o conveniente,

celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del presente Convenio.

Artículo

11

1. A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.

2. El presente Convenio no se aplica:

- a) a los trabajadores fronterizos;
- b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
- c) a la gente de mar.

Artículo

12

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo

13

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo

14

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, por medio de una declaración anexada a su ratificación, excluir de la misma los diversos anexos del Convenio o uno de ellos.

2. A reserva de los términos de una declaración así comunicada, las disposiciones de los anexos tendrán el mismo efecto que las disposiciones del Convenio.

3. Todo Miembro que formule una declaración de esta índole podrá, posteriormente, por medio de una nueva

declaración, notificar al Director General la aceptación de los diversos anexos mencionados en la declaración o de uno de ellos; y a partir de la fecha de registro, por el Director General, de esta notificación, las disposiciones de dichos anexos serán aplicables al Miembro en cuestión.

4. Mientras una declaración formulada de acuerdo con los términos del párrafo 1 del presente artículo permanezca en vigor respecto de un anexo, el Miembro podrá manifestar su intención de aceptar dicho anexo como si tuviera el valor de una recomendación.

Artículo

15

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar:

a) Los territorios respecto de los cuales el Miembro interesado se obliga a que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, sean aplicadas sin modificaciones;

b) Los territorios respecto de los cuales se obliga a que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, sean aplicadas con modificaciones, junto con los detalles de dichas modificaciones;

c) Los territorios respecto de los cuales el Convenio y sus diversos anexos, o uno de ellos, sean inaplicables y los motivos por los cuales sean inaplicables;

d) Los territorios respecto de los cuales reserva su decisión en espera de un examen más detenido de su situación.

2. Las obligaciones a que se refieren los apartados a) y b) del párrafo 1 de este artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus mismos efectos.

3. Todo Miembro podrá renunciar, total o parcialmente, por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración en virtud de los apartados b), c) o d) del párrafo 1 de este artículo.

4. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 17, todo Miembro podrá comunicar al Director General una declaración por la que modifique, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indique la situación en territorios determinados.

Artículo

16

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar si las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, serán aplicadas en el territorio interesado con modificaciones o sin ellas; cuando la declaración indique que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos o de uno de ellos, serán aplicadas con modificaciones, deberá especificar en qué consisten dichas modificaciones.

2. El Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán renunciar, total o parcialmente, por medio de una declaración posterior, al derecho a invocar una modificación indicada en cualquier otra declaración anterior.

3. Durante los períodos en que este Convenio, sus diversos anexos, o uno de ellos, puedan ser denunciados de conformidad con las disposiciones del artículo 17, el Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán comunicar al Director General una declaración por la que modifiquen, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indiquen la situación en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Artículo

17

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

3. Mientras el presente Convenio pueda ser denunciado de acuerdo con las disposiciones de los párrafos precedentes, todo Miembro para el cual el Convenio se halle en vigor y que no lo denuncie podrá comunicar al Director General, en cualquier momento, una declaración por la que denuncie únicamente uno de los anexos de dicho Convenio.

4. La denuncia del presente Convenio, de sus diversos anexos o de uno de ellos no menoscabará los derechos que estos instrumentos otorguen al migrante o a las personas de su familia, si emigró mientras el Convenio, sus

diversos anexos o uno de ellos estaban en vigor en el territorio donde se plantee la cuestión del mantenimiento de la validez de estos derechos.

Artículo

18

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo

19

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo

20

A la expiración de cada período de diez años, a partir de la fecha en que este Convenio entre en vigor, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo deberá presentar a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación de este Convenio, y deberá considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión total o parcial del mismo.

Artículo

21

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) La ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 17, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo

hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo

22

1. La Conferencia Internacional del Trabajo podrá, en cualquier reunión en que la cuestión figure en el orden del día, adoptar, por una mayoría de dos tercios, un texto revisado de uno o varios de los anexos del presente Convenio.

2. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá, en el plazo de un año, o en la concurrencia de circunstancias excepcionales en un plazo de dieciocho meses, después de clausurada la reunión de la Conferencia, someter ese texto revisado a la autoridad o a las autoridades competentes, para que se dicten las leyes correspondientes o se adopten otras medidas.

3. Ese texto revisado surtirá efecto, para cada Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor, cuando ese Miembro comunique al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo una declaración notificando la aceptación del texto revisado.

4. A partir de la fecha de adopción por la Conferencia del texto revisado del anexo, solamente el texto revisado podrá ser aceptado por los Miembros.

Artículo

23

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

**Convenio 143 de la Organización
Internacional del Trabajo**

**Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas
y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y
de Trato de los Trabajadores Migrantes**

Parte I. Migraciones en Condiciones Abusivas

Artículo

1

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos

humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

Artículo **2**

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional.

2. Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas plenamente y deberán tener la posibilidad de proporcionar la información de que dispongan al respecto.

Artículo **3**

Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros:

a) Para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;

b) Contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio.

Artículo **4**

Los Miembros deberán, en particular, adoptar las medidas necesarias en los planos nacional e internacional para establecer en esta materia contactos e intercambios sistemáticos de información con los demás Estados, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

Artículo **5**

Las medidas previstas en los artículos 3 y 4 deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones.

Artículo **6**

1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles

y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2 del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.

2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe.

Artículo **7**

Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas acerca de la legislación y de las demás medidas previstas en el presente Convenio a fin de evitar o suprimir los abusos arriba mencionados, y deberá reconocérseles la posibilidad de tomar iniciativas a este respecto.

Artículo **8**

1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.

2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación.

Artículo **9**

1. Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios.

2. En caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes.

3. En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión.

4. Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas.

Parte II. Igualdad de Oportunidades y de Trato

Artículo

10

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.

Artículo

11

1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.

2. La presente parte del Convenio no se aplicará a:

a) Los trabajadores fronterizos;

b) Los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;

c) La gente de mar;

d) Las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;

e) Las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

Artículo

12

Todo Miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales:

- a) Hacer lo posible por obtener la colaboración de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados para promover la aceptación y observancia de la política prevista en el artículo 10 del presente Convenio;
- b) Adoptar las medidas legislativas y promover los programas educativos que resulten necesarios para lograr dicha aceptación y dicha observancia;
- c) Tomar medidas, promover programas de educación y fomentar otras actividades tendientes a que los trabajadores migrantes conozcan lo mejor posible la política adoptada, sus derechos y obligaciones, así como las actividades destinadas a prestarles ayuda efectiva en el ejercicio de sus derechos y para su protección;
- d) Derogar toda disposición legislativa y modificar toda norma o práctica administrativa que sea incompatible con dicha política;
- e) Elaborar y poner en práctica, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, una política social adecuada a las condiciones y prácticas nacionales que permita a los trabajadores migrantes y a sus familias disfrutar de los beneficios acordados a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin infringir el principio de la igualdad de oportunidades y de trato, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta el momento en que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado;
- f) Tomar las medidas necesarias a fin de ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna;
- g) Garantizar la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo.

Artículo

13

1. Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio.

2. El presente artículo se refiere al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.

Artículo

14

Todo Miembro podrá:

- a) Subordinar la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país con fines de empleo durante un período prescrito, que no deberá exceder de dos años o, si la legislación exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, a que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo.
- b) Después de consultar debidamente a las organizaciones de empleadores y de trabajadores representativas, reglamentar las condiciones de reconocimiento en el país de las calificaciones laborales adquiridas fuera de él, inclusive los certificados y diplomas obtenidos en el extranjero;
- c) Restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o de funciones, cuando así lo exija el interés del Estado.

Parte III. Disposiciones Finales

Artículo **15**

El presente Convenio no impide a los Miembros celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con miras a resolver los problemas resultantes de su aplicación.

Artículo **16**

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, excluir una de las partes I o II de su aceptación del Convenio.
2. Todo Miembro que haya formulado una declaración de esta índole podrá en cualquier momento anular esta declaración mediante una declaración posterior.
3. Todo Miembro para el que esté en vigor una declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, deberá indicar en sus memorias subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio el estado de su legislación y práctica respecto de las disposiciones de la parte excluida de la aceptación, la medida en que haya puesto o se proponga poner en ejecución estas disposiciones y las razones por las cuales no las ha incluido aún en su aceptación del Convenio.

Artículo **17**

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General

de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo

18

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo

19

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo

20

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo

21

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya

registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo

22

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo

23

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) La ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 19, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo

24

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

Anexo 6

Artículo 18 Convenio Bilateral de Seguridad Social entre Chile y Perú⁷¹

Para efectos de las prestaciones que otorgue el Sistema de Capitalización Individual de Chile y el Sistema Privado de Pensiones de Perú, se reconoce el derecho de los trabajadores de transferir el saldo acumulado en sus cuentas de capitalización

⁷¹ Este Convenio se encuentra aprobado por el Congreso Nacional Chileno, y esta aún pendiente de promulgarse.

individuales de una Parte Contratante a otra, con el fin que sean administrados por la Administradora Privada de Fondos de pensión de su elección.

El traslado de fondos implica la transferencia de los fondos de pensiones depositados en sus cuentas individuales de capitalización hacia otra Entidad Gestora o institución competente del sistema de capitalización individual del otro país, en donde se vaya a residir de modo permanente. Para garantizar la naturaleza previsional, se deberá acreditar aportación a un sistema de capitalización individual de a menos 60 meses o tener la calidad de pensionado en el país al que se desea trasladar los fondos. Las autoridades competentes, de común acuerdo, podrán establecer la ampliación o reducción del mencionado límite. Para tal efecto, este proceso implica que el traslado de los recursos de la cuenta individual más el bono de reconocimiento, si lo hubiera, y en tanto de cumpla con los requisitos de redención o liquidación de cada país, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4.

Los fondos previsionales a traspasar deben considerar la totalidad de las cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, depósitos convenidos o aportes del empleador, según sea el caso, que el afiliado mantenga en su cuenta individual, a la fecha del traslado. Dichos fondos ingresarán en la parte receptora a la cuenta individual del trabajador en calidad de cotizaciones obligatorias.

Tratándose de cotizaciones voluntarias enteradas en Chile, éstas podrán formar parte del traspaso a que se refiere el párrafo anterior, en cuyo caso estarán afectas a las normas tributarias chilenas que gravan los retiros de dichas cotizaciones desde la cuenta de capitalización individual. Para efectos de esta tributación, estos afiliados se considerarán como pensionados.

El traspaso de fondos también debe considerar los Depósitos Convenidos que el afiliado tuviese en alguna otra Administradora de Fondos de Pensiones diferente a la de afiliación u otra institución, de acuerdo a la legislación que corresponda.

Los beneficios previsionales que se otorguen en Chile, en cuyo financiamiento hayan concurrido fondos previsionales provenientes desde Perú, quedarán afectos a las normas tributarias chilenas en la parte que corresponda a las cotizaciones enteradas en el sistema previsional chileno y en cuanto a la rentabilidad que obtengan los fondos traspasados.

La redención o liquidación del Bono de Reconocimiento se hará efectiva únicamente en los casos en que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles para su redención o liquidación, de conformidad con la ley de la Parte Contratante en que el Bono fue emitido. Si de acuerdo a la legislación de la parte contratante desde la cual se retiran los fondos previsionales, no correspondiese la redención o liquidación del bono de reconocimiento el afiliado tendrá derecho a transar dicho documento en el mercado secundario formal de esa Parte Contratante, sólo para efectos del referido traspaso.

El seguro de invalidez, sobrevivencia, y gastos de sepelio o cuota mortuoria de los trabajadores afiliados al sistema de capitalización individual se rige por la ley del país en que la respectiva administradora se encuentre domiciliada. Para estos efectos, los trabajadores que trasladen su cuenta individual de capitalización conforme a lo antes señalado, tienen la condición de trabajadores nuevos o recién incorporados.

Los Afiliados que a la fecha de la entrada en vigencia del Convenio, se encontraren pensionados bajo la legislación de una de la Partes Contratantes, tendrán derecho a solicitar de la otra Parte, el traslado de sus fondos previsionales a la Parte donde recibe pensión, la cual una vez que reciba los fondos, deberá recalcular el monto de beneficio o añadirlo, según sea el caso, de acuerdo con su legislación.