



2024

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 14.384-2023

[27 de marzo de 2024]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 27 DE
LA LEY N° 10.475 Y 17 DE LA LEY N° 17.671

JOHN NELSON BARRA INOSTROZA

EN EL PROCESO ROL N° 87.825-2023 SEGUIDO ANTE LA EXCMA. CORTE
SUPREMA

VISTOS:

Con fecha 1 de junio de 2023, John Nelson Barra Inostroza, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 27 de la Ley N° 10.475 y 17 de la Ley N° 17.671, para que ello incida en el proceso Rol N° 87.825-2023 seguido ante la Excma. Corte Suprema.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

“Ley N° 10.475, que concede los derechos que indica, relacionados con pensiones de invalidez, antigüedad, etc., a los empleados que hagan imposiciones en la Caja de Previsión de Empleados Particulares

(...)

Art. 27. La condición de jubilado en virtud de esta ley es incompatible con la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar.



Esta incompatibilidad no regirá para el jubilado que renuncie a percibir la pensión, y, en este caso, sus años de servicios anteriores se considerarán para los efectos de obtener una nueva jubilación después de cinco años de nuevos servicios.

La pensión de jubilación es incompatible con el goce del auxilio de cesantía de la Ley N° 7.295; las sumas que se hubieren percibido por este beneficio, que correspondan a períodos con derechos a jubilación, serán descontadas del primer pago que haga la Caja por este concepto.”.

“Ley N° 17.671, que introduce modificaciones al D.F.L. N° 278, de 1960

(...)

ARTICULO 17° *La pensión correspondiente al empleado particular que inicie su expediente de jubilación encontrándose en servicio, se pagará a contar del 1° del mes siguiente a la fecha de la resolución respectiva, fecha en que, simultáneamente, expirará el contrato de trabajo.*

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en caso que el contrato expire anticipadamente por cualquier otra causa.”.

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Indica la parte requirente que interpuso una acción de protección contra la Superintendencia de Pensiones ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El motivo, anota, es que la Superintendencia confirmó la aplicación de requisitos diferenciados para jubilarse entre distintos sistemas previsionales, específicamente entre la Ex Caja de Empleados Particulares (EMPART) y las AFP, establecidos en los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.761.

El requirente anota que tiene 65 años, es cotizante de EMPART y solicitó jubilarse. Sin embargo, EMPART exige como requisito para jubilarse por vejez "expirar en funciones", es decir, renunciar al trabajo y que el contrato de trabajo termine automáticamente por el solo ministerio de la ley al momento de jubilarse. Este requisito no se exige a imponentes de otras cajas previsionales ni AFP, generando una diferencia arbitraria según el actor.

Por ello, desarrolla que estas disposiciones vulneran diversas garantías constitucionales. Explica que se transgrede su derecho de propiedad sobre la jubilación, que tiene naturaleza jurídica de derecho patrimonial según doctrina y jurisprudencia. Al obligarle a renunciar para jubilarse en EMPART, se vulnera su derecho sobre este beneficio previsional que está incorporado a su patrimonio.



Junto a ello, desarrolla vulneración a la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución, ya que se le aplica un requisito no exigido a otros en su misma situación sólo por estar en EMPART, siendo un trato desigual arbitrario.

Luego, explica que se transgrede de forma concreta la libertad de trabajo establecida en el artículo 19 N°16 de la Constitución, dado que, por aplicación de las normas, se le obliga a expirar en funciones para jubilarse en EMPART, perdiendo su empleo y derecho a indemnización sin que medie una causal legal.

Anota que, no obstante lo indicado, los preceptos cuestionados han sido derogados tácitamente por leyes posteriores como la propia Constitución de 1980 y el Código del Trabajo. Explica que la contrariedad con la Constitución se expresa en que le imponen requisitos distintos que a cotizantes de otros sistemas previsionales para jubilarse. Como resultado, desarrolla que el cotizante de EMPART pierde su trabajo e indemnización al momento de jubilarse sin que la cesación de funciones por jubilación esté considerada como causal legal de término de contrato en el Código del Trabajo.

En este sentido, el actor señala en su libelo de inaplicabilidad que el artículo 161 bis del Código del Trabajo establece que la invalidez no es causal de término de contrato, por lo que tampoco debería serlo la jubilación por vejez. De este modo, se le aplican condiciones diferentes, perdiendo su empleo e indemnización sólo por pertenecer a EMPART. Sin embargo, refiere que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección y apeló a la Corte Suprema buscando se acoja el recurso y se revoque la resolución previa.

Argumenta que esta diferencia de trato entre distintos sistemas previsionales es arbitraria e injustificada. Le causa perjuicio al obligarle a renunciar a su trabajo para jubilarse, a diferencia de lo que ocurre con imponentes de otros sistemas. Alega que los artículos que imponen este requisito sólo para cotizantes de EMPART deben declararse inconstitucionales, o bien entenderse derogados tácitamente por la actual Constitución y el Código del Trabajo, ya que contradicen los derechos y garantías que consagran dichas normas.

Señala, junto a lo anotado, que la Superintendencia de Pensiones, al confirmar la aplicación de estos artículos en su caso, incurre en un acto ilegal y arbitrario al desconocer la normativa constitucional. Le causa un perjuicio grave e injustificado, aplicándole condiciones distintas solo por su adscripción a un régimen previsional, privándole de derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la propiedad y la libertad de trabajo.

Desarrolla el requirente que no debieran existir estas diferencias entre distintos regímenes de pensiones para el acceso a ese derecho.



Tramitación

El requerimiento fue **acogido a trámite** por la Primera Sala, a fojas 25, con fecha 7 de junio de 2023, decretándose la solicitud de suspensión del procedimiento y confiriéndose traslados para su pronunciamiento en torno al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

Posteriormente, fue declarado admisible, a fojas 63, por resolución de 4 de julio del mismo año, confiriéndose traslado de fondo a todas las partes de la gestión judicial en la que incide el requerimiento y se dispuso ponerlo en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, del H. Senado y de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, enviándoles copia del mismo y de la resolución respectiva, para que en un plazo de veinte días pudieran formular observaciones y presentar antecedentes.

A fojas 72, en presentación de 31 de julio de 2023, la Superintendencia de Pensiones solicitó el rechazo del requerimiento. Indica que la parte requirente interpuso un recurso de protección contra la Superintendencia de Pensiones ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue rechazado, apelando a la Excma. Corte Suprema.

Desarrolla la parte requerida que el 19 de mayo de 2022, el actor, de 65 años, cotizante de la Ex Caja de Empleados Particulares (EMPART), solicitó a la Superintendencia pronunciarse sobre si para pensionarse por vejez en EMPART debe cumplir con el requisito de “expirar en funciones”, es decir, verse obligado a renunciar al trabajo al momento de obtener la jubilación. La Superintendencia respondió confirmando que efectivamente en EMPART se exige por ley expirar en funciones para pensionarse por vejez. Indicó que este requisito también se aplica en otros regímenes previsionales antiguos administrados actualmente por el IPS, pero no en todos ellos ni en el sistema de AFP.

Explica que en su informe ante la señalada Corte de Apelaciones, planteó que la acción de protección es improcedente porque la materia requeriría un procedimiento de lato conocimiento.

Además, solicita la desestimación de las infracciones alegadas por el actor de inaplicabilidad.

Reseña, en torno a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, que no existe diferencia arbitraria, porque el actor de inaplicabilidad está adscrito al régimen previsional de EMPART y, por tanto, solo puede compararse con otros cotizantes de ese mismo régimen y no con afiliados a sistemas previsionales diferentes que se rigen por sus propias normas legales. Las pensiones se regulan por la legislación de cada régimen particular.



A su vez, anota que en torno al derecho de propiedad sobre la jubilación, este derecho se ejerce en los términos y condiciones establecidos en las leyes que regulan el sistema previsional al que está acogido el cotizante. En el caso de EMPART, rige la incompatibilidad entre la condición de pensionado y la de trabajador activo. Por ello, no se le ha negado el derecho a pensionarse, sino que se le ha aplicado la legislación vigente en el régimen previsional al que pertenece.

La Superintendencia explica a tal efecto las diferencias existentes entre los diversos sistemas previsionales que coexisten en Chile, incluyendo el antiguo régimen de cajas de previsión y el nuevo sistema de AFP creado en 1980. Indica que el actor optó voluntariamente por permanecer en el régimen de EMPART en vez de incorporarse al sistema de AFP, ejerciendo el derecho de opción que le confiere la ley. Por ello, debe regirse por las normas legales que regulan el sistema de pensiones de dicho régimen previsional, que contemplan la incompatibilidad entre la calidad de pensionado y la de trabajador activo cotizante.

Precisa la parte de la Superintendencia de Pensiones, además, que en otros regímenes previsionales antiguos administrados actualmente por el IPS también se establece dicha incompatibilidad entre la condición de pensionado y trabajador activo. Igual condición opera en el caso de pensiones del sector público. Anota que la Superintendencia no es la que decide la aplicación de las normas legales cuya inaplicabilidad se requiere, sino que sólo cumple con la obligación de aplicar la legislación vigente de acuerdo a su competencia fiscalizadora.

Por lo anotado, agrega que la aplicación de las normas legales sobre obtención de pensiones de vejez en el régimen de EMPART, que es el sistema que eligió voluntariamente el actor de inaplicabilidad, no representa una infracción a los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, propiedad y seguridad social. Ello sólo implica someter al requirente de estos autos al estatuto jurídico del sistema previsional que él mismo escogió, en igualdad de condiciones con los demás afiliados a dicho régimen. Las diferencias existentes entre los distintos sistemas previsionales responden a su lógica de financiamiento.

Por todo lo anterior, indica que solicitó a la Corte de Apelaciones rechazar el requerimiento, y en su resolución concuerda con los argumentos de la Superintendencia en cuanto a que la acción de protección no es la vía idónea para resolver las pretensiones del recurrente. Además, precisa que la Corte de Apelaciones declaró que la Superintendencia no ha incurrido en ilegalidad ni arbitrariedad al emitir su pronunciamiento. Indica que se cumple la garantía de igualdad ante la ley al existir requisitos uniformes para pensionarse aplicables a todos los afiliados a EMPART.

Analiza, junto a lo acotado previamente, que los fundamentos del requerimiento son idénticos a los que planteó ante la Corte de Apelaciones y posteriormente en su recurso de apelación para ante la Excm. Corte Suprema. Se vuelve a alegar, indica, las mismas supuestas infracciones a derechos constitucionales.



Por lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento.

A fojas 120, por decreto de 4 de agosto de 2023, se trajeron los autos en relación.

A fojas 130 rola medida para mejor resolver decretada por el Pleno del Tribunal en resolución de 17 de octubre de 2023, cumplida a fojas 135.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 17 de octubre de 2023 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por la parte requirente, del abogado Simón Yévenes Flores, y por la parte de la Superintendencia de Pensiones, del abogado Manuel Bustos Castillo. Se adoptó acuerdo con fecha 14 de noviembre de 2023, conforme certificación de fojas 336, del relator.

Y CONSIDERANDO:

I. GESTIÓN PENDIENTE Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

PRIMERO: La gestión pendiente en la que incide esta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene su origen en un recurso de protección deducido por el requirente, John Nelson Barra Inostroza, en contra del Oficio Ordinario N° 9961, de 31 de mayo 2022, de la Superintendencia de Pensiones, por medio del cual, respondiendo a su solicitud, le informó que, en base a lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley N° 10.475 y 17 de la Ley N° 17.761 –impugnados en estos autos–, para poder jubilar debía cesar en sus funciones, por cuanto existe una incompatibilidad entre la calidad de pensionado de la ex Caja de Previsión de Empleados Particulares y la de trabajador activo afecto al mismo régimen previsional –siendo esta última situación en la que se encuentra actualmente el requirente–, incompatibilidad que cesa si el trabajador renuncia a percibir su pensión. La referida acción de protección sostiene que la respuesta entregada por la Superintendencia resulta ilegal y arbitraria porque, al negarle el derecho a pensionarse, vulnera los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria (art. 19 N° 2), a la seguridad social (art. 19 N° 18) y de propiedad (art. 19 N° 24).

Con fecha 5 de mayo de 2023 la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección. Según rola a fojas 301 y siguientes, la desestimación se funda, en síntesis, en que la pretensión del requirente se aparta del ámbito propio de un recurso de protección, toda vez que subyacen cuestiones de fondo distintas a la que se garantizan mediante dicha acción cautelar; por otra parte, descartó una infracción a la



igualdad ante la ley, por cuanto la Superintendencia ha sido consistente en su posición interpretativa; y, por último, niega que el acto impugnado sea ilegal o arbitrario.

En contra de la sentencia anterior el requirente dedujo recurso de apelación ante la Corte Suprema, encontrándose éste en actual tramitación.

SEGUNDO: En ese marco, el requerimiento sostiene que la aplicación de los preceptos impugnados, en el caso concreto, infringe los principios de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y la libertad de trabajo.

En cuanto a la vulneración a la igualdad ante la ley, señala que las normas reprochadas imponen un requisito prácticamente único en el sistema previsional chileno, aplicable a los cotizantes de la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares, esto es, que para jubilarse deben expirar en sus funciones, incluso por el solo ministerio de la Ley.

En segundo lugar, manifiesta que se infringe el derecho de propiedad sobre su derecho patrimonial de jubilación al obligarlo a renunciar a su actual trabajo para poder jubilarse y con ello perder, en consecuencia, la indemnización por años de servicio.

Finalmente, alega que se afecta su libertad de trabajo pues tendría que desafiliarse de la Caja, afiliarse a una AFP y, luego, jubilarse para mantener su actual empleo.

TERCERO: Como puede observarse, para hacerse cargo de las argumentaciones del requirente, siendo las normas legales impugnadas integrantes del antiguo sistema de seguridad aplicable a los empleados particulares, resulta indispensable dar luces acerca de sus características, diferencias con el actual régimen previsional común y vínculos existentes entre uno y otro, particularmente en relación con el régimen que regula las pensiones por vejez.

II. EL ANTIGUO Y EL NUEVO RÉGIMEN PREVISIONAL

CUARTO: En nuestra legislación cohabitan diferentes sistemas de pensiones. Se encuentra, por una parte, el que establece el DL. N° 3.500, de 13 de noviembre de 1980, que, siendo de capitalización individual, se aplica actualmente a todos los trabajadores chilenos, dependientes o independientes, quienes están obligados a afiliarse a sociedades anónimas, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). En él cada afiliado posee una cuenta individual, en la que se depositan sus cotizaciones previsionales para atender a las contingencias sociales que le afecten y cuya cuantía dependerá del monto del ahorro acumulado y de la rentabilidad generada como consecuencia de las inversiones que realizan las mismas AFP. Por lo tanto, uno de los elementos particulares del actual sistema es la existencia de fuertes nexos entre el sistema de pensiones y el modelo económico que nos rige, ya que su implementación ha conducido a un aumento del ahorro privado nacional y del



mercado de capitales como consecuencia de las inversiones que las AFP efectúan con los fondos aportados por los afiliados (Morgado, Emilio (1998), “Reforma de la seguridad social en Chile: el sistema de pensiones por vejez”, en *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, p. 72).

Este régimen de capitalización busca “reservar las cotizaciones de los afiliados durante un período bastante prolongado, que se determina actuarialmente, con la finalidad de acumular un determinado capital, el cual, incrementado con los intereses devengados durante tal período, debe permitir el pago de las prestaciones, en un momento dado” (Novoa Fuenzalida, P., (1977), *Derecho a la Seguridad Social*, Ed. Jurídica de Chile, 1977, p. 202), de manera que, con los fondos previsionales así acumulados, se financian los riesgos de la vejez, sobrevivencia e invalidez.

QUINTO: No obstante, igualmente subsiste el denominado “sistema antiguo de pensiones”, que fuera caracterizado en la STC Rol N° 2196 por la existencia de distintas cajas previsionales, cada una con su propio régimen jurídico, siendo sectorial y selectivo respecto a la actividad laboral de quien imponía, contemplando, por lo tanto, diversas regulaciones y beneficios en favor de sus imponentes. Según ha puesto de relieve esta Magistratura, las Cajas de Previsión Social, fueron fusionadas “en el Instituto de Previsión Social (IPS). Ese régimen se aplica a los pensionados que estaban afiliados a las antiguas cajas y que, mientras eran trabajadores activos, optaron por no cambiarse al sistema de pensiones establecido por el DL. N° 3.500. Asimismo, subsiste también un régimen especial de reparto para los miembros de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, administrado tanto por la Caja de Previsión de Defensa Nacional (Capredena) como por la Dirección de Previsión de Carabineros (Dipreca)” (STC Rol N° 7442, c. 14°).

Todas las cajas de previsión eran instituciones estatales cuyos imponentes se encontraban adscritos y cotizaban, al publicarse el DL. 3.500 de 1980, especialmente en las siguientes tres: el Servicio de Seguro Social, la Caja de Previsión de Empleados Particulares y la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas.

SEXTO: El antiguo régimen previsional correspondía a lo que se conoce genéricamente como “sistema con financiamiento sobre la marcha” (Rivas Tapia, Waldemar (2001), *Análisis comparativo del antiguo y del nuevo régimen previsional chileno*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado U. de Chile, p. 66), que conducía a que las pensiones se pagaban a quienes ya se habían retirado de la fuerza de trabajo con cargo al fondo común que se formaba con los aportes que realizaban los trabajadores activos, sus empleadores y el Fisco. Era entonces un esquema que tenía elementos de un sistema de reparto - por cuanto la acumulación de reservas no era necesaria- pero que era complementado con aportes estatales para poder cubrir el monto de la pensión.

Cabe recordar que el régimen de reparto busca “obtener el equilibrio anual entre el monto de los ingresos y el total de egresos del sistema en dicho período, debiendo ser capaz de cubrir la totalidad de prestaciones y los gastos de administración del mismo” (Humeres



Noguer, H., (2005), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo III, 17° edición, Ed. Jurídica de Chile, p. 78); en él los trabajadores activos soportan las cargas económicas de las generaciones pasadas ya inactivas a cambio de que sus necesidades futuras sean soportadas por las generaciones venideras.

SÉPTIMO: El nivel de las pensiones que obtienen los imponentes o asegurados del antiguo sistema al momento de jubilar toma como base la "historia previsional" de cada uno, de acuerdo con lo que señala la ley orgánica que regula cada una de las cajas de previsión. El monto de esas pensiones tiene escasa relación con los aportes que los trabajadores hayan efectuado al sistema durante su vida laboral activa, a diferencia de lo que sucede con el régimen previsional de capitalización individual instaurado por el DL. 3.500 de 1981, por cuanto éste en gran parte dependerá de cuántos fondos haya podido acumular el respectivo trabajador durante su vida laboral.

Al efecto cabe tener presente que las pensiones son prestaciones de carácter económico que buscan otorgar una renta sustitutiva a la que deja de percibir el trabajador por afectarle una contingencia social derivada de la vejez, invalidez o sobrevivencia, por lo cual un sistema de seguridad social debe ajustarse al principio de suficiencia o solvencia, correspondiendo al Estado, y en especial al legislador, velar por su efectiva vigencia. Como ha señalado esta Magistratura, "[t]al principio persigue que los regímenes previsionales cubran en la forma más amplia la respectiva contingencia social, de manera tal que no se afecte gravemente la capacidad de consumo de quien la sufra. Con ello el Estado cumple con su deber de generar las condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (artículo 1° inciso cuarto)" (STC Rol N° 7442, c. 24°).

OCTAVO: El paso del antiguo al nuevo sistema tiene diversas características. La primera de ellas es que se eliminaron las antiguas cajas, las que pasaron a fusionarse en el Instituto de Normalización Previsional, hoy Instituto de Previsión Social (D.L. N° 3.502; artículo 1°, Ley N° 18.689; artículos 53 y 54 de la Ley N° 20.255). En segundo lugar, se mantuvieron algunos beneficios del antiguo sistema, otros se restringieron o se eliminaron; así, por ejemplo, se restringieron los beneficios que podían entregar las antiguas cajas de pensiones en forma de créditos u otras prestaciones (artículos 11 y 16, D.L. N° 3501). En tercer lugar, se permitió a los imponentes del antiguo sistema cambiarse al nuevo (artículo 1°, D.L. N° 3.500; artículos 17 y 19, D.L. N° 3.501), para lo cual se les reconocieron sus imposiciones en el antiguo sistema a través de lo que se denomina el "bono de reconocimiento", que no es más que un título de deuda, expresado en dinero, de los fondos acumulados en el sistema antiguo (artículos transitorios 1° y siguientes del D.L. N° 3.500). En cuarto lugar, se reguló la cotización del antiguo sistema (artículos 1°, 5° y 16, D.L. N° 3.501; artículo 16, D.L. N° 3.500). Finalmente, se derogaron todos los reajustes especiales del antiguo sistema (artículo 15, D.L. N° 2.448).



NOVENO: Como puede observarse, en nuestra legislación cohabitan entonces diferentes sistemas, más o menos contributivos o asistenciales, respecto de los cuales esta Magistratura ha declarado que todos ellos “[c]aben dentro del marco constitucional, desde que es la propia Carta la que entrega a la ley la regulación de su ejercicio, sobre la base de los principios que fundan todo sistema de previsión social y de las reglas que desarrollan aspectos del contenido del derecho que ella misma se preocupó de señalar” (STC 7442, c. 17°). El contenido derecho a la seguridad social, como ha expresado también este Tribunal, se “[r]evela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19 N° 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18)” (Rol N° 1710, c. 131), sin que la supresión, en el texto actual, de tales principios de la seguridad social -que se contemplaban expresamente en el inciso tercero del N° 21° del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, de 1976- tenga relevancia, pues, como ha dicho nuestra jurisprudencia “[t]ales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica” (sentencia Rol N° 1287 cc. 25 y 30).

III. LA PENSIÓN DE VEJEZ

DÉCIMO: El conflicto que ha traído a esta Magistratura el requirente de autos se centra, primordialmente, en que afirmar que la aplicación de las normas impugnadas produce las infracciones constitucionales que denuncia por establecer una incompatibilidad entre la calidad de pensionado por vejez y la de trabajador remunerado.

DÉCIMO PRIMERO: Pues bien, antes de revisar los alcances de la mencionada incompatibilidad, como ella se produce por adquirirse la “condición de jubilado”, según expresa el art. 27 de la Ley N° 10.475 en la parte impugnada por el requerimiento (lo cual es equivalente a la de pensionado por vejez), resulta útil tener presente que la vejez es el más frecuente estado de necesidad que enfrentan las personas y se produce por su desgaste natural fisiológico. La vejez, como expresan los profesores Cifuentes y Arellano, *“es una etapa o período de la vida de las personas en que las fuerzas físicas e intelectuales inician un proceso de progresivo deterioro, que se estima, en general, provocan una especie de invalidez, incapacidad o minusvalía. La capacidad laboral se ve afectada y la mantención del empleo o conseguir alguno se complica en forma objetiva”* (Cifuentes, Hugo y Arellano, Pablo (2012), *“Derecho a la seguridad social y la protección por pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia en Chile”*, en Caamañó, Eduardo y Pereira, Rafael (coord.) *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo VI, Ed. Abeledo Perrot y Thomson Reuters, p. 38). Por lo anterior la pensión de vejez constituye una prestación que *“se otorga por la circunstancia de haber llegado el ser humano a una edad en la que es racional el presumir que su capacidad de ganancia ha de estar*



disminuida notoriamente, descartándose por impropia la idea de una “pensión-premio”, ya que no podría ser ella razón suficiente para dar un aliciente a quien cumplió con una obligación común a la de todos los integrantes de la sociedad. Por ello, se entiende que ella atiende un estado de necesidad, considerando a la vejez como una verdadera invalidez presumida legalmente por la senectud o cumplimiento de una determinada edad” (Humeres Noguera, H. (2005), ob. cit., p. 295).

DÉCIMO SEGUNDO: En el caso particular de los jubilados que imponen en la ex EMPART, la pensión de vejez se ha conceptualizado como *“una pensión mensual, permanente y vitalicia a que tiene derecho el imponente que deja de prestar servicios y cumple con los requisitos de edad y un mínimo de diez años de imposiciones o de tiempo computable”* (Humeres Noguera, H. (2005), ob. cit., p. 297).

Según el art. 11 de la misma Ley N° 10.475 cuyo artículo 27 inciso 1° ha sido impugnado en estos autos constitucionales, *“tendrán derecho a percibir la pensión de jubilación por antigüedad los imponentes que tengan treinta y cinco años de servicios reconocidos y la pensión de jubilación por vejez los que tengan sesenta y cinco años de edad”*. El monto de la pensión se calcula teniendo como base las últimas remuneraciones percibidas, disponiendo el art. 8° que se *“considerará sueldo base el promedio de las remuneraciones imponibles afectas al fondo de retiro, y percibidas en los sesenta meses que preceden al momento de otorgar el beneficio”*, es decir, las remuneraciones de los últimos cinco años trabajados. La pensión será igual a tantos treinta y cinco avos del sueldo base como años de imposiciones reconocidas tenga el beneficiario, siendo el monto máximo de esta pensión el mismo del sueldo base si ella se obtiene a los treinta y cinco años de servicios (art. 12).

De lo anteriormente expuesto resulta que, por una parte, mientras que en el actual sistema se toma como base de cálculo de la pensión los fondos que el trabajador haya acumulado en su cuenta individual más los reajustes y ganancias que haya obtenido la AFP por su inversión, en el sistema antiguo -incluyendo el régimen de la ex EMPART, que sigue existiendo- las últimas remuneraciones percibidas por el trabajador sirven de base de cálculo de su pensión, buscando ajustarse al ya referido principio de suficiencia o solvencia con miras a que el pensionado obtenga una renta sustitutiva durante la vejez.

DÉCIMO TERCERO: Por otra parte, el régimen de financiamiento del antiguo sistema de seguridad social tiene carácter tripartito, por cuanto se financia con cotizaciones del trabajador, del empleador y también con aportes estatales, ya que los recursos de las instituciones previsionales generalmente no son suficientes para cubrir el monto de las pensiones. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N° 10.475, los recursos de la Caja EX EMPART provienen de las imposiciones que van al Fondo de Retiro Individual y al de Indemnización a que se refiere la ley (letra a); de las imposiciones de cargo del empleado -equivalente a un 3% de su remuneración imponible- y del empleador -1% de las mismas remuneraciones- que incrementan el Fondo de Jubilaciones y Reembolsos (letra c); de los intereses de las inversiones (letra



b); de los saldos de las cuentas del Fondo de Retiro (letra d); y de los saldos de las jubilaciones y pensiones no cobradas durante un lapso de tiempo (letra e); de multas e intereses penales aplicados por la Caja (letra f) y de una imposición de cargo de los empleadores igual al 10% de las remuneraciones mensuales que el empleado haya ganado durante el mes y que deben enterar mensualmente en la Caja (letra g).

Mientras que, de acuerdo con el régimen previsional general actual, los recursos que administran las AFP provienen principalmente de las cotizaciones de los trabajadores, depositándose los fondos provenientes de sus propios aportes en las cuentas de capitalización individual de cada uno de ellos y si correspondieren, de los aportes del empleador y del Estado, además de los intereses de ese capital acumulado. Con esos fondos se financia la pensión y los gastos de administración del sistema.

IV. LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN Y EL TRABAJO

DÉCIMO CUARTO: La parte subrayada de los preceptos legales impugnados por el requirente que contemplan la incompatibilidad que reprocha, disponen lo que sigue:

“La condición de jubilado en virtud de esta ley es incompatible con la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar.

Esta incompatibilidad no regirá para el jubilado que renuncie a percibir la pensión, y, en este caso, sus años de servicios anteriores se considerarán para los efectos de obtener una nueva jubilación después de cinco años de nuevos servicios.

La pensión de jubilación es incompatible con el goce del auxilio de cesantía de la Ley N° 7.295; las sumas que se hubieren percibido por este beneficio, que correspondan a períodos con derechos a jubilación, serán descontadas del primer pago que haga la Caja por este concepto” (Art. 27 de la Ley N° 10.475).

“La pensión correspondiente al empleado particular que inicie su expediente de jubilación encontrándose en servicio, se pagará a contar del 1° del mes siguiente a la fecha de la resolución respectiva, fecha en que, simultáneamente, expirará el contrato de trabajo.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en caso que el contrato expire anticipadamente por cualquier otra causa” (Art. 17 de la Ley N° 17.671).

Dichas normas se complementan con lo que establece el art. 70 del DS N° 2588, de 1953, del Ex Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, que contiene el Reglamento de la Ley N° 10.475, según el cual:

“La calidad de jubilado, en virtud de la ley 10.475, y de este reglamento, es incompatible con la de empleado afecto al régimen de previsión de los empleados particulares.

La infracción de esta disposición suspenderá el goce de la pensión y obligará al infractor a devolver las cantidades percibidas indebidamente, sin perjuicio de la sanción que establece el artículo 71°.



El jubilado conservará, sin embargo, su derecho a la pensión y a las reliquidaciones y reajustes que procedan y podrá percibirla nuevamente a contar desde la fecha misma en que pierda el empleo por cualquier causa.

El jubilado que renunciare a percibir la pensión, por haber tomado nuevo empleo afecto al régimen de previsión de los empleados particulares, tendrá derecho a obtener una nueva pensión de jubilación, después de efectuar a lo menos 60 imposiciones mensuales en la Caja o en alguno de sus organismos auxiliares, pensión que será calculada con arreglo a las disposiciones pertinentes de la ley y de este reglamento, en la misma forma que si jubilaré por primera vez.

Para los efectos del inciso anterior, sólo se computarán las imposiciones mensuales que se efectúen con posterioridad a la fecha de la renuncia a percibir la pensión”.

DÉCIMO QUINTO: Al enfrentar ahora el conflicto que se nos ha pedido resolver, resulta necesario distinguir entre la jubilación forzosa, que ocurre cuando la legislación impone el término de la relación laboral por alcanzar cierta edad, siendo esta una de las características histórica de regímenes previsionales de varios países y que, con el paso del tiempo, se ha ido desmoronando pues constituía una regulación discriminatoria al presumir que las personas perdían sus capacidades para el ejercicio de una actividad laboral por solo alcanzar una edad determinada, y la situación de aquellos afiliados para quienes cumplir una determinada edad no supone de forma obligatoria dejar de trabajar.

En este último caso, constituye una opción acceder a la pensión de jubilación en caso de no desear continuar trabajando y siempre que se cumplan ciertos requisitos.

DÉCIMO SEXTO: Ya afirmamos que las normas impugnadas se insertan en el contexto del derecho de seguridad social, cuyo fundamento es proteger a las personas de las contingencias sociales a las que están sujetos.

Por ello, no es irrazonable que, estando cubierto el riesgo, no se otorgue la prestación cuya finalidad precisamente se busca salvaguardar. En efecto, si un trabajador, a pesar de su edad, se encuentra apto y desea seguir ejerciendo una actividad remunerada, desaparece la presunción de necesidad y, con ello, la cobertura del riesgo se hace innecesaria. Ello explica que el Convenio 128 de la OIT, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, permita expresamente que “El pago de una prestación de invalidez, vejez o sobrevivientes podrá suspenderse, bajo condiciones prescritas, si el beneficiario ejerce una actividad lucrativa” (artículo 31.1).

Salvador Sibilla Celedón aborda específicamente la incompatibilidad consagrada en los preceptos impugnados, explicando asimismo que “la pensión es al beneficiario de la pensión de jubilación lo que el sueldo es al empleado. En otros términos, puede decirse que constituye un derecho que la ley otorga al empleado que pasa a formar en la masa pasiva de la colectividad, por el cual el organismo previsional respectivo le paga una pensión mensual en reemplazo de la remuneración percibida cuando pertenecía a la masa activa de la sociedad” (Sibilla Celedón, Salvador (1955), *Estudio sistemático de la ley N°10.475 sobre*



jubilación de los empleados particulares, memoria de prueba para obtener el grado de licenciado de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, p. 106). Lo anterior tiene lógica dentro de un sistema en que la pensión de jubilación se calcula sobre la base de las remuneraciones percibidas mientras el trabajador estuvo activo, lo que le permite incluso llegar a obtener como monto máximo de pensión el mismo monto del último sueldo si el jubilado cumplía además treinta y cinco años de servicio, como ya se explicó. Esto último se ajusta claramente al ya explicado principio de suficiencia que ha de regir un sistema de seguridad social

Si bien diversas leyes que se habían referido a los distintos regímenes jubilatorios existentes en el sistema previsional antiguo recogían esa idea, también lo hace la Ley N° 10.475 en el inciso 1° del artículo 27 impugnado en estos autos constitucionales, por cuanto *“si la ley concede el beneficio a la jubilación al empleado que por su edad, por los años de servicios o por alguna de las incapacidades que señala no puede seguir prestando sus servicios en forma eficiente, es porque supone que debe ingresar a la masa pasiva de que hablábamos anteriormente. Ahora, si un imponente que impetere el beneficio, y posteriormente sigue ejerciendo sus funciones, está desvirtuando el fundamento mismo de la pensión de jubilación y, en consecuencia, es lógico que la ley le niegue el derecho que el mismo se encarga de demostrar no merecer”* (Sibilla Celedón, S. (1955), ob. cit., p. 106).

DÉCIMO SÉPTIMO: Sin perjuicio de lo anterior y por lo ya dicho, como recuerdan los profesores Cifuentes y Arellano, el cumplimiento de la edad no necesariamente obliga a pensionarse, existiendo en los regímenes contributivos *“diferentes opciones; algunas legislaciones sujetan el acceso a la prestación al cese laboral, en otras es compatible sin restricciones de ningún tipo, el empleo con el goce de la pensión, esto en concreto en los regímenes por capitalización individual, como es el caso de Chile. Esta vinculación: pensión-empleo, generalmente se asocia con las pensiones por antigüedad y las jubilaciones. Hay casos en que la pensión y el retiro del empleo se relaciona con la empleabilidad de otros, especialmente en regímenes que contemplan plantas con número determinado de cupos, por ejemplo, fuerzas armadas”* (Cifuentes y Arellano (2012), ob. cit. p. 39).

Esos diferentes modelos se reflejan, por ejemplo, en el sistema de seguridad social establecido por el DL. 3500, ya que los hombres que cumplan 65 años y las mujeres que cumplan 60 y que se encuentren afiliados a una AFP no están obligados a pensionarse, por lo que pueden continuar trabajando y, en tal caso, están exentos de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que en dicho sistema, mientras las personas no se pensionen las AFP siguen administrando los fondos acumulados, buscando darle la mayor rentabilidad a tales fondos.

DÉCIMO OCTAVO: Por lo ya expresado, la forma de regulación que estatuye el legislador en el caso de los afiliados a la ex EMPART no obsta, por lo tanto, a que, en otros casos, en ejercicio de su soberanía, implemente un sistema que tolere la compatibilidad entre trabajador y pensionado -como sucede justamente con lo que establece el actual sistema previsional-, incentivando el desarrollo de una vejez activa. Sin embargo, no existe, al menos en abstracto, una prohibición constitucional que



impida al legislador imponer una incompatibilidad entre el imponente activo y la jubilación por vejez.

Al efecto cabe tener presente que este Tribunal Constitucional, reconociendo la esfera de autonomía que cabe reconocer al legislador, ha expresado que ésta “[c]omprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa” (STC Roles Nos. 1219, c. 10º y 1295, c. 28º), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre la ley (STC Rol N° 141, c. 26º, 465 c. 22º, 1838 c. 36º, 2487 c. 15º, entre otras), por cuanto esta Magistratura “[n]o legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los otros tribunales de la organización de justicia, y sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido” (STC Rol N° 517 c. 12º)

Como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las “cuestiones políticas”, porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del “judicial restraint” –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la “deferencia razonada” o de la “corrección funcional”, el cual –según Pérez Luño– “*obliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución*” (Pérez Luño, Antonio E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. Ed. Tecnos, 10º ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.

V. NO SE INFRINGE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

DÉCIMO NOVENO: A propósito de lo dispuesto del artículo 19, numeral 2º, de la Constitución, este Tribunal ha señalado reiteradamente, y durante décadas, que “[L]a igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la



desigualdad” (STC rol 784 c. 19, en el mismo sentido, STC roles 3.063 c. 32°, 7.217 c. 24°, 7.203 c. 28°, 7.181 c. 24°, 7.972 c. 40°, entre otras).

De igual manera, en un ejercicio de control concreto de normas en el marco de un proceso de inaplicabilidad, esta Magistratura razonó que “[P]ara efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos” (STC rol 784 c. 19, en el mismo sentido, STC roles 1138 c. 24°, 1.140 c. 19°, 1.340 c. 30°, entre otras).

Adicionalmente, esta Magistratura ha entendido que “[l]a igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma” (STC rol 1133 c. 17, en el mismo sentido, STC roles 1.217 c. 3°, 1.399 cc. 13° a 15°, entre otras).

VIGÉSIMO: El requerimiento afirma que la aplicación de los preceptos que reprocha produce una infracción a la igualdad ante la ley, ya que imponen un requisito prácticamente único en el sistema previsional chileno, aplicable a los cotizantes de la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares, esto es, que, para poder jubilarse, deben expirar en sus funciones.

VIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, la primera observación que cabe efectuar es que los afiliados a la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares no son los



únicos a quienes se les aplica la incompatibilidad entre pensionado y trabajador activo.

En efecto, para los cotizantes de la ex Caja de Retiro y Previsión de los Empleados Municipales de la República *el goce de pensión de vejez comenzará desde la fecha en que el asegurado con derecho a ella se hubiere retirado del empleo* (artículo 23 de la Ley N° 11.219); los jubilados de la ex Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional (CAPREMER) que *vuelvan al servicio activo de la Marina Mercante Nacional, dejarán de percibir las pensiones decretadas en su favor mientras se encuentren en dicho servicio activo* (artículo 26, inciso final, del DS N° 606, de 1944, del ex Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social); y los jubilados de alguna de las Cajas de Previsión Bancaria, *que adquieran la calidad de imponentes activos de cualquiera de ellas, dejarán automáticamente de percibir sus pensiones de jubilación y tendrán derecho a re jubilarse, después de 60 meses de nuevas imposiciones efectivas* (artículo 37 bis de la Ley N° 8.569); entre otros.

En segundo lugar, ese balance olvida que en el sistema antiguo previsional habitaban un sinnúmero de condiciones especiales para diferentes grupos: en efecto, en total llegaron a existir 200 regímenes previsionales distintos (Von Gersdorff, H., (1984), *El Sistema Previsional Chileno durante los diez últimos años*, Estudios de Economía, N° 22, p. 91). Tampoco se preocupa de los importantes contrastes, que ya se expusieron, que presenta ese modelo con el del D.L. 3.500, cuyas diferencias permiten aseverar que éste “no reformó el sistema existente, sino que directamente lo cambió, creando un nuevo sistema con una filosofía y principios completamente diferentes” (Von Gersdorff, H., ob.cit., p. 101).

VIGÉSIMO SEGUNDO: No puede obviarse, entonces, como ha sostenido invariablemente esta Magistratura, que para examinar la constitucionalidad de un precepto en clave de igualdad es necesario que se invoquen situaciones jurídicas homogéneas o comparables. En la especie, por lo ya expresado, el requirente coteja su situación con aquellos afiliados a los que no se exige cesar en sus funciones para poder jubilarse, como ocurre con los imponentes de algunas Cajas de Previsión o con los que cotizan en las AFP, lo que no parece ser una comparación legítima, pues usa como parámetro otros sistemas de previsión únicamente respecto de la incompatibilidad entre imponente y pensionado, pero sin considerar otros aspectos como la edad exigida para jubilarse, período mínimo de imposiciones, el monto de éstas, la base de cálculo de la pensión, y otros beneficios de que es acreedor el afiliado, entre muchas otras diferencias.

Al no tomar en cuenta esas diferencias, el requirente olvida que si obtuviere la pensión y siguiera trabajando, a falta de ley expresa -que debería ser de quórum calificado, según exige el numeral 18 del art. 19 de la Carta Fundamental- no sólo él estaría obligado a seguir cotizando sino también su empleador, siendo éste último quien soporta una carga mayor como imponente de la ex EMPART.



VIGÉSIMO TERCERO: Del modo expuesto, resulta que el requirente pretende que le sea aplicable parte de una normativa diferente que considera que es más beneficiosa para otros pensionados, omitiendo que la que se le aplica a él también contempla una serie de beneficios, como se expondrá más adelante.

En efecto, por una parte, pretende recibir la pensión de vejez y al mismo tiempo seguir trabajando para recibir su remuneración (con el derecho consiguiente a incrementarla), lo cual llevaría a que, como la ley no se pone en tal situación, su empleador y él mismo seguirían imponiendo para aportar recursos a la Caja.

No puede entonces esgrimirse que los preceptos legales impugnados vulneran el principio de igualdad ante la ley, ya que aparece “[i]nvocando así lo mejor de los dos sistemas” (STC Rol N° 2196, C. 29°) a su conveniencia, lo cual le permitiría acceder a ser tratado en forma privilegiada y, por lo tanto, en forma contraria al mismo principio de no discriminación establecido en el numeral 2 del art. 19 de la Carta que esgrime como vulnerado.

VIGÉSIMO CUARTO: En línea con lo anterior, el requirente no ha manifestado su disconformidad con la serie de beneficios que se encuentran consagrados en la ley y que le son aplicables si sigue trabajando o si se jubila. Al efecto cabe analizar tanto la evolución del régimen que regula a los imponentes de la ex EMPART como lo que dispone la normativa actual para constatar tales beneficios.

Así, conforme al primitivo art. 14 de la ley N° 10.475, el imponente que cumplía con los requisitos para jubilar con sueldo base íntegro y que continuaba prestando sus servicios tenía derecho a recibir una bonificación que sería, el primer año, equivalente al cinco por ciento de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido y que se aumentaba en un cinco por ciento por cada nuevo año cumplido en el trabajo, pudiendo el empleador pagar mensualmente esta bonificación por cuenta de la Caja o del organismo auxiliar correspondiente con cargo a las imposiciones.

Tal disposición fue sustituida por el art. 19 de la ley N° 15.386, sobre Revalorización de Pensiones, de 11 de diciembre de 1963, según el cual el imponente que cumpla con los requisitos para tener derecho a pensión con sueldo base íntegro y que continúe en actividad tendrá derecho a que se **incremente su sueldo**, sin perjuicio de los aumentos voluntarios o legales, con una **bonificación** que se calculará sobre la remuneración imponible computada hasta un máximo de seis sueldos vitales por cada año de servicios y hasta un máximo de 25%. Esta remuneración adicional será de cargo del respectivo empleador y la descontará de las imposiciones que le corresponda integrar.

Adicionalmente, en caso de que decida pensionarse y dejar de trabajar, la misma Ley N° 15.386 creó un Fondo de Desahucio, pagadero a cada imponente que jubile durante el año y formado con una imposición adicional del 1,3450% sobre las remuneraciones mensuales imponibles que es de cargo, por iguales partes, de empleadores y empleados (art. 37), para lo cual la Caja fijará anualmente, en el mes de



enero, el monto del **desahucio** que corresponderá a cada imponente que jubile durante el año, el que ascenderá al monto que regía en el año anterior, reajustado según la variación del IPC, y que se distribuirá a prorrata del de las pensiones (art. 38), efectuándose los pagos respectivos a cada imponente treinta días después de la fecha inicial de pago de la pensión (art. 39).

VI. NO SE AFECTA EL DERECHO DE PROPIEDAD

VIGÉSIMO QUINTO: Con respecto al derecho de propiedad, consagrado en el numeral 24 del artículo 19° de la Constitución, que el requirente arguye ha sido vulnerado, cabe tener presente que esta Magistratura ha fallado que “[l]os menoscabos o detrimentos en el patrimonio no bastan para dar por establecida la infracción constitucional alegada (al derecho de propiedad).” Asimismo, ha expresado que “[e]l derecho de propiedad sólo puede infringirse cuando alguien es titular del mismo”, agregando que mal podría infringirse este derecho cuando la ley establece requisitos al efecto que no se han verificado (STC N° 1266, cc. 29° y 30°). Igualmente, ha afirmado que “no puede sostenerse que una persona sea titular de propiedad sobre un derecho que se encuentra pendiente por no haberse cumplido los requisitos legales para adquirirlo.” (STC Rol N° 1260, considerando 19° del voto por rechazar)” (STC 2683, c. 22°), ya que en tal caso se enfrenta a una mera expectativa.

VIGÉSIMO SEXTO: Como ya se señaló, el sistema previsional antiguo es de reparto, de modo que las contribuciones son realizadas por los trabajadores activos con el fin de financiar las pensiones de los trabajadores pasivos pertenecientes a la misma Caja de Previsión. En otros términos, *“las pensiones que se pagaban a las personas que ya se habían retirado de la fuerza de trabajo eran financiadas con los aportes que realizaban los trabajadores activos, sus empleadores y el Fisco. Es decir, se trataba de un esquema que tenía elementos de un sistema de reparto -por cuanto la acumulación de reservas no era necesaria-, pero complementado con aportes estatales”* (Cheyre Fuenzalida, H., (1988), *La previsión en Chile ayer y hoy: el impacto de una reforma*, Centro de Estudios Públicos, p. 27).

En este sistema el fondo acumulado durante la vida laboral no es de propiedad del trabajador y, por ello –a diferencia del sistema del D.L. 3.00–, su monto carece de trascendencia, toda vez que la pensión se calcula sobre la base del promedio de las rentas imponibles percibidas durante los últimos años de actividad remunerada, de acuerdo con rangos temporales variables según cada Caja Previsional. Es por ello que la doctrina sostiene que *“el pensionado no tiene derechos sobre un fondo que sea de su propiedad, sino que la pensión recibida está influida, ya sea por el volumen global de recursos disponibles en el sistema o, en particular, por la disponibilidad de recursos en el respectivo régimen sectorial”* (Cheyre Fuenzalida, H., ob. cit., pp. 131-132)

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Lo que acabamos de afirmar no desconoce el derecho que tiene el requirente a recibir su pensión cuando cumpla con los requisitos que el



estatuto legal establece, pues un determinado derecho se incorpora al patrimonio “cuando ocurre el hecho o se reúnen los requisitos que la ley establece para su generación, con su contenido y con las proyecciones que la norma establece clara y determinadamente y no con otras que el mandato legal ignora o no contempla” (Sentencia Corte Suprema, 23 de agosto de 1968 en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Vol. 65, p. 268). De este modo, el derecho que la ley confiere a los afiliados a la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares para recibir la pensión por vejez es eventual y dependerá de que el interesado haya cumplido 65 años de edad (artículo 11 de la Ley N° 10.475), no renuncie a percibir la pensión (artículo 27 de la Ley N° 10.475) y cumpla las demás exigencias que establece la ley.

VIGÉSIMO OCTAVO: Por lo dicho, tampoco se advierte que se prive al requirente de ninguna pensión, encontrándose facultado para activar su jubilación por vejez cuando cumpla los requisitos legales, condicionado a que cese la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar.

VIGÉSIMO NOVENO: Por otra parte, tanto en el requerimiento como en estrados se alegó que su derecho de propiedad también se vería vulnerado al perder el derecho eventual a una indemnización por años de servicios, que a la fecha correspondería a nueve años.

La regla a la que probablemente hace referencia se encuentra en el artículo 163 del Código del Trabajo, que establece que, en el caso de que el empleador ponga término a la relación laboral por la causal de necesidades de la empresa, le deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio, lo cual constituye una mera expectativa por ser esencialmente eventual y, por ende, tampoco se encuentra protegida por el derecho de propiedad asegurado en la Constitución.

VII. NO SE AFECTA LA LIBERTAD DE TRABAJO

TRIGÉSIMO: El artículo 19, N° 16, de la Carta Fundamental asegura a todas las personas: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con justa retribución” (incisos 1° y 2°). Según ha expresado este Tribunal, “[d]e acuerdo con la doctrina, la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. Para el empleador, ello le asegura un amplio poder de contratación de su personal; para el trabajador, le permite vincularse autónomamente,



acordando las condiciones en que deba ejecutarse la tarea y optando por las modalidades que al respecto establezca el ordenamiento laboral. La garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución. El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución[...]” (STC 1413, c. 21°)

Por otra parte, se ha sostenido que “[l]a protección del trabajo es una cuestión que se asume como inherente a la propia legislación del trabajo” (STC 2671, c. 7°) y tal protección se extiende al resguardo del trabajo mismo, “[e]n atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado” (STC 1852, c. 6°). Consecuentemente, “[l]a protección, ya sea a la libertad de trabajo, ya del propio trabajo, constituye una obligación que corresponde a toda la comunidad y, en especial, a quien la dirige, es decir, al Estado. Constituye, por lo tanto, un derecho social o de segunda categoría, por cuanto fuerza al Estado a crear las condiciones necesarias para que, en el hecho, puedan ejercerse realmente tanto la libertad como el trabajo que ya se está desarrollando. Su consagración a nivel constitucional importa la creación de una norma programática, resultando ser para el legislador un verdadero mandato su regulación” (Silva Bascuñán, A., (2010), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XIII, Ed. Jurídica de Chile, p. 225).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Dicho lo anterior, corresponde descartar que el precepto impugnado afecte el derecho del requirente a elegir libremente su trabajo, pues este puede optar por permanecer o por desvincularse de su función, no siendo la edad una de las causales de expiración del contrato de trabajo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Como ya se ha expresado, el diseño de pensión por vejez en la Ley N° 10.475 se hizo sobre la base de permitir a las personas optar por jubilarse o por seguir desempeñándose en una actividad remunerada. Si optan por lo primero, la ley les garantiza una pensión que se calcula según el sueldo base, multiplicado por el número de años de imposiciones reconocidas, dividido por 35, con la limitante de que no exceda el sueldo base. Además, tienen derecho a un desahucio, esto es, a un beneficio monetario que se otorga a cada imponente de la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares que se jubile, según dispone el artículo 38 de la Ley N° 15.386.

Pero si el imponente cumple con los requisitos para tener derecho a pensión con sueldo base íntegro y decide continuar trabajando, la ley le otorga el derecho a que se le incremente el sueldo, sin perjuicio de los aumentos voluntarios o legales, con una bonificación que se calculará sobre la remuneración imponible de un 5%, por cada año de servicios y hasta un máximo de 25%. Además, esta remuneración adicional no está afectada a imposiciones previsionales y se considera como una bonificación que no



tiene carácter de sueldo para ningún efecto legal (artículo 19 de la Ley N° 15.386). Asimismo, en caso de permanecer laburando, sus años de servicios anteriores se considerarán para los efectos de obtener una nueva jubilación después de cinco años de nuevos servicios (artículo 27, inciso segundo, Ley N° 10.475).

TRIGÉSIMO TERCERO: Sin perjuicio de todo lo anterior, el actor tiene una opción adicional, que ha sido expuesta en forma reiterada por la Superintendencia de Pensiones en sus oficios, según la cual “si un pensionado de la ex EMPART quiere volver a trabajar como empleado particular y no tener que renunciar a la percepción de pensión que percibe en dicho régimen previsional, en razón de la indicada incompatibilidad, puede afiliarse al sistema de pensiones regulado por el DL N° 3.500 de 1980, caso en el cual no sólo podrá gozar paralelamente de la pensión de la ex EMPART y de la remuneración como trabajador particular, sino que además por aplicación de lo previsto por el artículo 69 del citado decreto ley y de lo resuelto por la jurisprudencia administrativa, podrá solicitar quedar exento de cotizar para el fondo de pensiones en relación a los nuevos servicios, debiendo enterar claro está, las cotizaciones para salud” (Oficio Ordinario N° 16.134, del 18 de julio de 2017).

TRIGÉSIMO CUARTO: Por lo anteriormente expuesto, debe desestimarse la alegación que formula el actor relacionado con que la aplicación de las reglas impugnadas vulneraría la libertad de trabajo, desde, que como se ha expuesto, puede optar por permanecer, por desvincularse de su función y por elegir libremente un trabajo.

TRIGÉSIMO QUINTO: Conforme a lo que se ha expuesto, no habiéndose configurado ninguna de las infracciones constitucionales que la acción de inaplicabilidad denuncia, sólo cabe a esta sentencia rechazarla.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93 incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. QUE SE **ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.** OFÍCIESE.



III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, y de la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ, quienes estuvieron por acoger el requerimiento con las respectivas precisiones que se indican y ateniendo a las siguientes razones:

1°. Que, tal como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente es cotizante de la ex Caja de Previsión de Empleados Particulares (conocida como EMPART), administrada hoy en día por el Instituto de Previsión Social. Simultáneamente, desde el año 2014 la parte requirente mantiene una relación laboral regida por las reglas del Código del Trabajo con su empleadora, que es una Municipalidad. Mediante el Oficio Ordinario N°9961, del 31 de mayo de 2022, la Superintendencia de Pensiones, en respuesta a una solicitud del requirente, dio cuenta de la incompatibilidad entre la calidad de pensionado de la mencionada Caja de Previsión y la de trabajador activo sujeto a ese régimen previsional, cuya producción provocaría la suspensión del pago de la pensión y la obligación del infractor de restituir las sumas que fueron indebidamente percibidas. En consecuencia, tal incompatibilidad se traduciría en que la parte requirente solo puede mantener su pensión si cesa el vínculo laboral vigente, o bien, conservar la calidad de trabajador activo si renuncia a percibir esa pensión. Contra este acto administrativo el afectado recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que rechazó la acción, siendo la gestión pendiente invocada ante esta Magistratura el recurso de apelación impetrado contra la sentencia denegatoria, que está en actual conocimiento de la Corte Suprema.

I. Delimitación del conflicto constitucional

2°. Que, el conflicto constitucional planteado es determinar si en el caso concreto los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.761, que establecen la incompatibilidad expuesta, vulneran el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en sus numerales 2, 16, 18 y 24.

Un argumento que será vertebral en esta disidencia es que, tal como se desprende de la lectura de diversas piezas de este expediente constitucional, los sistemas de previsión social varían, pero en todos ellos hay una cotización que se descuenta de la remuneración de una persona que trabaja, pero que la ley ha afectado a un fin especial que es contribuir a la generación de una pensión ante una



contingencia. En ese marco existen sistemas de reparto y sistemas de capitalización individual, como grandes opuestos. El primero está marcado por la solidaridad y universalismo, representados en que la contribución va a un fondo común que luego genera pensiones de acuerdo a necesidades; y el segundo por crear un fondo propio de cada contribuyente, muy principalmente desde el aporte del trabajador –aunque no únicamente– cuyas dimensiones determinarán en gran medida la cuantía de la pensión.

En el sistema de AFP regulado por el Decreto Ley N°3.500 de 1980 los aportes los hace también el empleador y, desde la Ley N°20.255, de manera importante el Estado, con el aporte previsional solidario, que es un beneficio que entrega el Estado a las personas que durante su vida laboral activa cotizaron en una cuenta individual obligatoria en una administradora de fondos de pensiones y que, producto de ese ahorro previsional, pueden financiar una pensión base inferior o igual a la Pensión Básica Solidaria. Este beneficio es para quienes pertenecen al 60% de menores ingresos del país. Por su parte, la Pensión Básica Solidaria se entrega a personas que no cotizaron y que han llegado a la vejez –categoría que fija la ley desde los 65 años en adelante–, y desconecta el elemento contribución al sistema de la pensión.

Es por ello que de todos los modelos que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional ha predicado la existencia de principios comunes: “[r]evela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19 N° 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18)” (STC Rol N° 1710-2010, c. 131°).

3°. Que, en este contexto, la incidencia del derecho de propiedad del artículo 19 N°24 no es directa, y eso se aprecia del propio requerimiento, ya que argumenta la propiedad sobre el derecho subjetivo a la pensión. Esta disidencia sostendrá que lo examinado es el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 19 N°18, y la forma en que el legislador establece diversos sistemas a su respecto. Como se desarrollará en lo sucesivo, se evaluará si en este caso se produce un tratamiento distinto por la ley, que pueda ser calificado de discriminatorio.

4°. Que, desde otro ángulo de la propiedad, se ha argumentado la contravención a este derecho a propósito de la libertad de trabajo del artículo 19 N°16 de la Constitución. El planteamiento no se sostiene, pues es un tema pacífico que no hay propiedad sobre el puesto de trabajo y que, en cuanto a la extinción de la relación laboral, solo el legislador puede establecer las causales. Tal exigencia forma parte del resguardo de la estabilidad laboral –cuya cobertura constitucional está en el artículo 19 N°16 de la Constitución al garantizarse la “protección” del trabajo– y que se desarrolla a nivel legal en sistemas de protección contra el despido.

En particular, se argumentó en estrados en relación con la indemnización que eventualmente se pagaría de ser ejercida la potestad de despido por parte del empleador fundándose en la causal “necesidades de la empresa”, caso en el cual se paga



una cifra cuya base de cálculo considera la antigüedad hasta por once años de servicio, según lo dispuesto en el artículo 163 inciso segundo del Código del Trabajo. Sin embargo, difícilmente puede hablarse de un derecho de propiedad sobre un evento como el despido que puede –e incluso es deseable que así sea y el sistema apunta a ello– nunca se verifique. La propiedad en estos términos no aporta más contenido ni claridad sobre el problema que el que implicaría afirmar la propiedad sobre cualquier régimen previsto en el ordenamiento jurídico ante la concurrencia de un determinado supuesto de hecho. Lo anterior no obsta a que el trabajador tenga derecho a que se aplique el estatuto previsto para el despido objetivo del artículo 161 y siguientes del Código del Trabajo, en el evento de que su empleador ejerza la facultad de despido, caso en el cual su antigüedad permitirá generar un derecho indemnizatorio, sin embargo, estos hechos no se han verificado ni forman parte de lo que debe analizar el Tribunal Constitucional respecto de este requerimiento.

5°. Que, en Chile, “desde fines del siglo XIX e inicios del XX, el Estado concentró gran parte de sus esfuerzos en diseñar un sistema de previsión que asegurara una mejor calidad de vida durante el período laboral y el retiro de los trabajadores. En este sentido las leyes sociales fueron pioneras con normativas como la ley de descanso dominical, accidentes del trabajo y jornada laboral. Sin embargo, iniciativas como pensiones de jubilación, asistencia médica y sostenimiento de huérfanos y viudas, eran funciones asumidas por las mutuales y organizaciones de socorro mutuo creadas por los mismos trabajadores.

Este escenario se mantuvo estable hasta 1924, año en el que comenzaron a funcionar la Caja del Seguro Obrero Obligatorio y la Caja de Previsión de Empleados Particulares, seguidas muy prontamente por la Caja de Empleados Públicos. Estas instituciones se nutrían de las cotizaciones obligatorias que realizaban los trabajadores, empleadores y el Estado, lo que aseguraba al beneficiario atención médica, pensión de invalidez y una jubilación a partir de los 65 años de edad. Basado en un sistema de reparto, los montos de las pensiones se distribuían en base al conjunto de los recursos acumulados por el total de los cotizantes.

Las cajas de empleados particulares y públicos funcionaban de manera similar. Los fondos se reunían a partir de las cotizaciones individuales y los aportes del empleador, en el caso de la Caja de empleados particulares, y con el auxilio complementario del Estado, en el caso de los públicos. Ambas instituciones otorgaban una pensión de retiro a los 30 años de servicio o a los 50 años de edad, así como préstamos en dinero deducibles de la cuenta que cada empleado mantenía en la caja” (Memoria chilena, Biblioteca Nacional, disponible en <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-93766.html>).

La norma que se examina forma parte de esta fase temprana de la seguridad social, en que ya es indiscutible el papel del Estado y en que el modelo de trabajo protegido es el subordinado, primero, respecto del empleador privado –principalmente de empresa–, y después, respecto del sector público.

La Ley N°10.475 se promulga en 1952, época en que la contingencia cubierta era entrar en un rango de edad que hacía necesaria la inactividad, ya que la persona se suponía inhábil para seguir trabajando, lo que además permitía al Estado desplegar



una política activa sobre el mercado de trabajo, en tanto pensionarse implicaba liberar puestos de trabajo para que ingresaran nuevos trabajadores que a su vez financiarían el sistema por medio de sus cotizaciones. Por el contrario, no formaba parte de la realidad de la época el problema o cuestionamiento a que las personas mayores deban necesariamente dejar de trabajar para recibir la pensión que han generado, tras un período prolongado de cotizaciones derivadas del trabajo, cosa que como se explicará, constituye desde hace algunos años uno de los dilemas centrales y actuales de los sistemas de previsión social.

Tan es así, que en sociedades cuyos sistemas son de reparto, las reformas han abordado estos nuevos problemas de la seguridad social sin que exista una relación necesaria entre la forma de financiamiento –basada en la solidaridad intergeneracional a la que alude el voto de mayoría– y la expulsión del mercado de trabajo: *“Entre las medidas orientadas a cumplir los objetivos que se marcan desde la Unión Europea, destacan las que afectan a la pensión de jubilación. En particular, el retraso de la edad de acceso a la jubilación ordinaria, el incremento de los años a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión y la promoción de la permanencia en el mercado de trabajo más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Se trata de medidas orientadas a promover que las personas trabajadoras prolonguen su vida activa, que compatibilicen trabajo y pensión o que, una vez jubilados, puedan retornar a la vida laboral sin que se les prive del cobro de la pensión”* (Meléndez Molillo-Velarde, L. (2023). *La compatibilidad entre jubilación y trabajo. Modalidades de jubilación: parcial, flexible, activa*, BOE, Madrid, 2023, p. 16).

6°. Que, con la variedad de modelos que existen en los diversos países, sobre la seguridad social al día de hoy se ha dicho que se pueden despejar dos principios fundamentales que, en la tendencia uniforme y constante, pueden representar los elementos característicos y determinantes de la evolución de los sistemas jurídicos de previsión social en relación con la idea de la seguridad social: la siempre más relevante intervención del Estado, que asume directamente entre sus fines el cumplimiento de la tutela previsional, y la progresiva extensión de ésta a nuevas situaciones de necesidad y a nuevas categorías de sujetos, también más allá del ámbito tradicional del trabajo subordinado (Persiani, Mattia (2006), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, pp. 12 y 13).

Así las cosas, es evidente que el legislador de los años cincuenta, sesenta, aquél que actuó a través del Decreto Ley en el ochenta, e incluso el de las reformas legales más recientes responde a épocas distintas, estadios de la evolución de la seguridad social diferenciables y políticas del Derecho diversas, por lo que es necesario buscar elementos centrales y no accesorios para realizar la comparación, como ocurre si se fija el examen en las prestaciones específicas de cada sistema, caso en el cual la comparación es imposible, pues el legislador nunca actuará en términos idénticos en sus distintas intervenciones. En otras palabras: bastaría cualquier diferencia accesorias



para sostener que no es posible comparar instituciones y así constatar una eventual vulneración constitucionalmente relevante.

En este mismo sentido, resulta falaz sostener que por la tasa de reemplazo –en torno al 80% de la última remuneración– que ofrecen las Cajas nos encontramos ante un caso distinto. De un lado, porque existen Cajas que no establecen la incompatibilidad, y, de otro, porque el sistema de capitalización individual fue propuesto para generar pensiones con un 70% de tasa de reemplazo y del hecho que el sistema haya fracasado en este pronóstico no se puede conjeturar la razón por la que la pensión habría sido calificada de compatible con el trabajo (Zilleruelo, H. (2017), *Cálculo de tasa de reemplazo y las determinantes que la originan*, Tesis para optar al grado de magíster en Economía y Finanzas, Universidad de Chile, p. 8).

II. Sobre la igualdad ante la ley

7°. Que, la cuestión se centra, en consecuencia, en determinar si la extinción del puesto de trabajo producto de pensionarse es una diferencia de trato perjudicial y de una entidad tal que constituya una vulneración a la igualdad ante la ley.

El Convenio N°128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de la O.I.T, declara que los Estados pueden suspender pensiones por la concurrencia de una actividad lucrativa. Sin embargo, este Convenio, de 1967, deberá armonizarse con otros instrumentos internacionales posteriores que también resultan relevantes para interpretar el Derecho aplicable –como explicaremos en los sucesivos a propósito de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 –, y, no resuelve por sí mismo el problema de este caso concreto, ya que para aproximarse a un parámetro de razonabilidad esta debiera ser a lo menos tendencialmente homogénea como política de jubilación. De lo contrario, y como ocurre en estos autos constitucionales, al operar en algunos segmentos de los pensionables, pierde justificación como herramienta de regulación del mercado de trabajo y solo constituye un trato gravoso y perjudicial explicado en una norma que fija un estatuto especial en el año 1952.

8°. Que, tal como explica el voto de mayoría, hoy en día coexisten distintos sistemas de pensiones en nuestro país. Por una parte, encontramos el sistema de capitalización individual instaurado en 1980 mediante el Decreto Ley N°3.500, en virtud del cual los trabajadores se afilian a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) que administrará la cuenta individual del trabajador, a la que ingresa mes a mes un porcentaje de su remuneración. Por otra parte, aún vigente para aquellos pensionados afiliados a antiguas Cajas de Previsión Social que, siendo trabajadores activos, decidieron no adherir al sistema de capitalización individual, existe el antiguo sistema de reparto. En él los trabajadores podían optar por una Caja de Previsión Social estatal –fusionadas hoy en el Instituto de Previsión Social– en la que se formaba un fondo común con los aportes que recibía del Estado, del empleador



y de trabajadores activos, con el cual se financiaban las pensiones de sus cotizantes. Por último, existe también un sistema de reparto especial para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que cotizan en dos cajas de previsión (CAPREDENA y DIPRECA, respectivamente).

9°. Que, como ya se dijera, el sistema de reparto encuentra sus orígenes en las distintas Leyes Sociales que fueron dictadas en Chile en los años veinte, contexto en el cual poco a poco se fueron creando distintas Cajas de Previsión Social, dictándose recién en 1952 la Ley N°10.475, que reguló la EMPART, que operaba desde tres décadas antes (Von Gersdorff, H. (1984) 'El sistema previsional chileno durante los diez últimos años', *Estudios de Economía*, 22 (Primer Semestre), pp. 87–116). Al momento de la Reforma Previsional existían 35 cajas, pero antes habían alcanzado a coexistir 52 Cajas de Previsión. Pese al gran número de cajas existentes, que conservaban diferencias en sus elementos accesorios, todas funcionaban bajo la misma lógica, propia de un sistema de reparto, que requería la existencia de un equilibrio entre el monto de los ingresos y de los egresos en un periodo anual, en miras a poder cubrir con el fondo común el total de prestaciones y gastos de administración. Este era un sistema que se caracterizaba por *“independizar la cotización del beneficio que se recibe en estado de necesidad, por permitir gran injerencia del Estado en su control y generalmente en su operación, y por estar fuertemente apoyado en el principio de solidaridad generacional (activos financian a pasivos)”* (Humeres Noguera, H. (2007) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. III. 17° edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 78).

Es esta última cuestión la que resulta fundamental para comprender el alcance del conflicto planteado en el caso de marras. En un contexto en que *“hacia fines de los años setenta, el Sistema de Pensiones chileno contara con 35 cajas de previsión y alrededor de 150 regímenes previsionales distintos, cuya normativa estaba distribuida en más de 600 cuerpos legales”* (Informe “Contexto en el que opera el Sistema de Pensiones” de la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (2015), p. 50), el común denominador era el principio de solidaridad generacional, que se erigía como la base misma del sistema. Así, si bien *“Tradicionalmente, en nuestro país, el Sistema de Pensiones se caracterizó por la coexistencia de regímenes de pensiones diferentes entre sí, tanto por estar destinados a distintos grupos ocupacionales, como por contemplar regulaciones y beneficios diversos para éstos”,* estos compartían un punto de encuentro: *“No obstante, la característica común a las 52 Instituciones de Previsión que llegaron a coexistir (“Cajas de Previsión”), es que ellas operaban bajo el esquema financiero del Reparto (“pay as you go”); esto significa que con los aportes de la fuerza activa de trabajo cotizante se financiaban las pensiones de los que habían salido de ésta y, por tanto, la subsistencia del Sistema estaba supeditada a la relación activos/pasivos existente en la población en cada momento de tiempo.”* (Humeres Noguera, H. (2007), ob. cit., p.231).

10°. Que, en consecuencia, la ley regula un archipiélago de supuestos distintos en materia de pensiones, mezclando distintos modelos (de reparto y de capitalización



individual) y, además, dentro de un mismo sistema –el de reparto– vemos que “su desarrollo no obedeció a una programación previa, de forma que resultó un sistema estratificado, con importantes diferencias en cuanto a la intensidad, uniformidad y unidad de programas; generándose una multiplicidad de seguros dispersos y descoordinados, especialmente en pensiones” (Cifuentes Lillo, H. (2012) ‘Seguridad Social: Conceptos, definiciones y sistema de protección social en Chile’, en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctrina chilena y extranjera*. 1 ed. Santiago, Chile: Legal Publishing, p. 427). Si se concuerda que este es el origen del sistema de pensiones, la búsqueda de la razonabilidad de la medida en examen en la forma de financiamiento del sistema es forzada e insuficiente.

11°. Que, por ende, nuestro sistema de pensiones ha sido –y es– altamente heterogéneo, sin embargo, todos apuntan a un mismo objetivo: garantizar que el trabajador pueda tener una vida digna frente a la contingencia que significa la vejez.

De lo anterior, podemos concluir que en la especie se configura una infracción a la igualdad ante la ley.

Como idea general, encontramos que el Tribunal Constitucional ha afirmado que la “discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentran en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Concretamente, y siguiendo a la doctrina en la materia, ha indicado que “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias Roles N°s. 28, 53 y 219);” (STC Rol N°759-2007, c. 19°).

En el caso concreto, tal infracción estaría dada, primero, porque aplicar los preceptos legales cuya inaplicabilidad se solicita supondría aplicar normas que carecen de una justificación actual, respecto de un pensionado de una Caja de Previsión que hoy no funciona con una lógica de reparto, en que las generaciones actuales financien a las futuras. Sin este mecanismo de recambio, al año 2023 el panorama resulta muy distinto a aquel que se tuvo en cuenta en 1952 al estatuir por vía legal la incompatibilidad cuestionada. En segundo lugar, se vulnera la igualdad ante la ley porque se efectúa una distinción entre personas que no se encuentran en una situación diversa, sino que se encuentran ante distintas legislaciones para la misma contingencia y ejercicio de un derecho fundamental.

En estrados, la Superintendencia de Pensiones sostuvo que esta incompatibilidad se amparaba en el carácter público del sistema, sin embargo, este es un elemento que también está presente en otros sistemas de previsión que no



estatuyen una incompatibilidad como la cuestionada, como es el caso de la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, que fue una de las cajas que agrupó a un mayor número de trabajadores. Esto mismo permite sostener que no se trata de un elemento imprescindible del sistema. Asimismo, respecto del sistema de AFP, que hoy reúne a la gran mayoría de los cotizantes, el D.L N°3.500 tampoco establece incompatibilidad alguna entre la realización de un trabajo remunerado y las pensiones que en ese cuerpo normativo se establecen.

12°. Que, resulta decisivo para la disidencia para resolver este caso, que afirmando que el legislador puede proponerse un sistema de reparto fundado en el principio de solidaridad intergeneracional y formas de regular el ingreso y salida del mercado de trabajo, y puede hacer valoraciones y diseñar políticas que consideren y armonicen todos los aspectos atendibles del problema. Sin embargo, el sistema previsional chileno tal como ha sido descrito en esta sentencia, al imponer una medida que incide en un grupo y que no constituye un sistema ni una parte relevante de éste, resulta, de un lado, inidónea para cumplir lo que podrían ser finalidades legítimas del legislador y segundo, provocando una infracción a la igualdad ante la ley.

Así las cosas, para que la igualdad ante la ley sea observada por el legislador en la regulación que hace respecto de las pensiones por vejez, al menos debieran poder encontrarse fundamentos razonables para la exclusión de instituciones centrales –como lo son aquellas que regulan su compatibilidad con el desempeño de trabajos cotizando bajo ese mismo sistema – cuestión que no es posible recabar de la historia de la ley, que se dictó en un contexto histórico completamente diferente, ni de su sistematización.

13°. Que, para efectos de este examen, no resulta relevante que la parte requirente cuestione la incompatibilidad regulada y no los beneficios que le trae aparejada su pertenencia a esta específica Caja de Previsión. La acción de inaplicabilidad exige un análisis concreto de la inconstitucionalidad de el o los preceptos legales cuyo estudio fue sometido al conocimiento de este Tribunal, sin que competa a esta Magistratura entregar un análisis compensatorio de las ventajas y desventajas que podría tener el requirente por pertenecer a EMPART, y si esta, a fin de cuentas, le resulta más conveniente que otras cajas, valoración que tiene bastante de subjetivo y que escapa a una discusión sobre la igualdad de determinados modelos.

14°. Que, por lo demás, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido claro en destacar la importancia de que las personas mayores puedan acceder a puestos de trabajo sin sufrir presiones indebidas. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por nuestro país en 2017, estableció como principios generales la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; la igualdad y no discriminación; y la autorrealización del adulto mayor, en las letras b), d) y h) del



artículo 3, respectivamente. En materia de derecho al trabajo, estos principios se materializaron en el artículo 18, que en su primer inciso dispone que *“La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad”*. En virtud de esto, los Estados Parte tienen la obligación de adoptar *“medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor”*, por lo que *“Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales”* y *“El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades”*. Además, en virtud del mismo artículo, los Estados Parte deben adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y que promuevan una transición gradual a la jubilación.

Lo señalado en esta Convención va en línea con lo estipulado en otros instrumentos internacionales globales, tales como los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como en instrumentos regionales, como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

15°. Que, en consecuencia, la inconstitucionalidad no está dada por una deficiente regulación del Código del Trabajo en materia de causales de cesación del contrato de trabajo, ni por la improcedencia de una eventual indemnización por término de la relación laboral – sino porque la incompatibilidad se traduce en un impedimento a una persona mayor a mantenerse en su trabajo, en el que recibe una remuneración que le satisface y le permite desarrollarse en su vejez, lo que resulta discriminatorio en el caso concreto, vulnerando el artículo 19 N°2 de la Constitución. Lo anterior no se desvirtúa por sostener que teóricamente puede acceder a otros trabajos no afectos por la incompatibilidad, ya que la existencia real de esos otros puestos de trabajo disponibles para el requirente es una mera especulación y la cuestión aquí sigue centrada en si esa limitación –que además no es de carácter general– tiene justificación razonable.

16°. Que, por último, no obsta la configuración de una inconstitucionalidad el hecho de que, ante una declaración de inaplicabilidad, *“como la ley no se pone en tal situación, su empleador y él mismo seguirían imponiendo para aportar recursos a la Caja”* (c. 23° del voto de mayoría). El Tribunal Constitucional no es quién debe determinar el efecto que una acción de inaplicabilidad estimatoria tendría para los órganos



encargados de (no) aplicar esa norma. En un escenario así, en la apelación al recurso de protección la Corte Suprema se pronunciaría sobre la pertinencia de acoger o no de la acción constitucional de protección, sin considerar las normas inaplicadas, pero conservaría sus competencias para decidir sobre el derecho que sí es aplicable y para resolver un eventual vacío legal. Por lo demás, la determinación de si el empleador y el requirente seguirán imponiendo es una cuestión que ni si quiera forma parte del debate en la gestión pendiente, e implica asumir una determinada posición de los encargados de efectuar los descuentos previsionales en un conflicto futuro e hipotético, que aún no existe.

17°. Que, por todo lo anterior, en opinión de quienes suscriben esta disidencia, el requerimiento debiese ser acogido.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO. La disidencia fue escrita por la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 14.384-23-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete, señor Cristian Omar Letelier Aguilar y señor Nelson Roberto Pozo Silva.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



C21CA51F-AE52-40D8-8980-54D8AD33C713

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.