



**UNIVERSIDAD CATOLICA
DE LA SANTISIMA CONCEPCION**

FACULTAD DE DERECHO

SEGURO DE CESANTIA

**DESTINO DE LOS FONDOS EN CASO DEL
FALLECIMIENTO DEL TITULAR ¿PROTEGE EL SEGURO
DE CESANTIA LAS UNIONES DE HECHO?**

**TESINA PARA OPTAR AL EGRESO DE LA CARRERA
LICENCIATURA EN DERECHO**

Autor: Paula Sanzana Pezo

Profesor guía: sr. José Antonio Santander

Concepción, 2015.

Mis agradecimientos a:

*Mis padres Arturo y Graciela, a mis hermanos, a la tía Telly, a mi novio, a Elita y a
mis amigos,*

sin el apoyo de cada uno de ellos cada paso dado sería más difícil.

ÍNDICE:

Portada.....	1
Agradecimientos.....	2
Índice.....	3
Hipótesis.....	5
Justificación del tema.....	5
Objetivos.....	6
Introducción.....	6
I. Uniones de hecho	
1.- Historia.....	9
2.- Concepto.....	10
3.- Elementos.....	11
4.- Legislación chilena.....	12
II.- Seguridad Social	
1.- Concepto.....	16
2.- Seguridad Social como derecho.....	17
3.- Vinculación al sistema.....	19
4.- Administración de la Seguridad Social.....	21
5.- Prestaciones de los seguros sociales.....	21
III.- Seguro de Cesantía	

1.- Ambiente previo.....	23
2.- Seguro de desempleo.....	24
3.- Objetivo del seguro.....	25
4.- El seguro de la Ley 19.728.....	27
• Personas protegidas.....	27
• Fondos del seguro.....	27
• Financiamiento.....	28
• Pago de las prestaciones.....	29
Análisis de la situación de convivencia.....	31
IV.- Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	39

HIPÓTESIS

¿El Seguro de Cesantía protege a las parejas de hecho, en caso del fallecimiento del titular?

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El presente trabajo busca responder algunas interrogantes que eventualmente podrían presentarse una vez que la persona titular del seguro de cesantía que establece la Ley 19.728 fallezca durante su vida laboral (cotizante activo), estando protegido por dicho seguro, sin que haya designado beneficiario; si es que aquellas personas que conviven con él, sin mediar un vínculo jurídico, pueden ser titulares activos para el retiro de los fondos que el cotizante haya acumulado en su cuenta, además, indagar como es el tratamiento que ha de dársele a quienes contraigan el nuevo estado civil de conviviente en relación al mismo tema.

Si bien es cierto, la ley en cuanto a los destinatarios de dicho seguro es clara, ya que en su artículo N°18 establece un orden de prelación respecto de quienes pueden cobrarlo, no contempla en estricto rigor situaciones tan comunes como las uniones de hecho o convivencias como suele llamárseles.

Debemos hacernos cargo de una realidad, como señala la Ley, el seguro de cesantía es obligatorio para quienes suscriban un contrato a partir del año 2002, las personas se incorporan automáticamente a este, no teniendo la oportunidad o bien no interesándole aspectos de fondo de dicho seguro, por lo cual no designan de antemano a los beneficiarios de este en el evento de su muerte, silencio suplido por la Ley.

Entonces; fallece el titular del seguro, que lleva varios años de convivencia con una persona con la cual no posee un vínculo jurídico que los una, ¿Tiene algún derecho esta persona para hacerse presente como beneficiaria cuando el cotizante no la ha designado como tal en su oportunidad?

Otro tema a resolver es la situación de los beneficiarios legales y como se encuentran quienes contraigan el nuevo estado civil de conviviente, establecido en la Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil, en relación a los estados civiles anteriormente reconocidos.

OBJETIVOS

1.- Revelar la situación en la que queda el conviviente del titular del seguro de cesantía en el evento de su fallecimiento, respecto de dicho seguro.

2.- Revisar la nueva realidad que se presenta a partir del presente año con la dictación de la Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil vinculada a los beneficiarios del seguro de cesantía ante el fallecimiento del titular.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad donde todo debe estar reglado para que merezca protección del Estado y sus organismos, cada situación debe estar contemplada en la Ley, la que a su vez le otorga consecuencias jurídicas, no criticamos este punto, puesto que ello nos otorga la tan valorada certeza jurídica que nos permite desarrollar los más variados actos e incluso prever los efectos que un sinfín de hechos de la naturaleza pudiesen afectarnos.

Existen situaciones muy comunes que se vienen repitiendo desde los principios de la vida del hombre en sociedad y que se escapan a la normativa coexistente en cada época que, dependiendo del punto de vista, es encasillado como un “tipo de familia” o bien, dejado fuera de este concepto cuando a la familia se origina con el matrimonio, independiente del sello que le otorguemos, lo claro es que la legislación otorga pobre reconocimiento y por ende, escasa protección a aquellas uniones basadas simplemente en un vínculo espontaneo, libre e informal y no por ello signifique que será de una duración limitada y de trascendencia acotada.

Para algunos estudiar el artículo 1° de la Constitución Política del Estado en su inciso segundo, con una visión estrecha pueden reducir solo a la familia matrimonial como núcleo fundamental de la sociedad y otros ampliaran este precepto y lo harán extensivo a la unión espontanea e informal entre un hombre y una mujer, y aun mas, otros más desprejuiciados la extenderán a toda unión libre y con proyección, independiente del sexo de quienes la integren.

Lo claro es que es un tema que está en evolución, y que el ordenamiento jurídico debe ir adaptándose a la realidad y otorgar una efectiva regularización y protección.

El Estado de Chile en su rol protector y regulador desde principios del siglo XX se ha hecho participe activo de un conjunto de medidas y normativas que se han venido implantando en forma progresiva con ocasión evitar desequilibrios económicos y sociales, convirtiéndose en uno de los primeros países de Latinoamérica en instaurar un sistema obligatorio y general de Seguridad Social, tanto así, que es consagrado a nivel constitucional (no sin que antes se hubiesen dictado innumerables leyes y creado organismos prestadores de servicios y protección social), y es así como en el artículo N°20 de la CPE donde se establecen los derechos y deberes constitucionales de todas las personas, en su numerando 18 “el derecho a la seguridad social”.

Cuando se habla de proteger a la sociedad, se hace extensivo a cada habitante del estado de Chile, cada institución creada ha nacido a partir de una necesidad determinada que las personas individualmente no son capaces de enfrentar, entonces la Seguridad Social agrupa estas necesidades y las denomina “contingencias”, que en teoría corresponden a eventos (accidentes, desempleo, enfermedades, etc.) que con frecuencia se ven enfrentados las personas y que significan una reducción o pérdida de sus ingresos.

Las instituciones nacidas con ocasión de las mencionadas contingencias, otorgan las prestaciones dirigidas a cada tipo de necesidad, para que los beneficiarios y su entorno se vean los menos afectados posible, pero a la vez establecen una serie requisitos previos para otorgar dichas prestaciones (afiliación, cotización, etc.).

La protección otorgada por estas instituciones resguarda sin duda alguna al entorno del beneficiario directo cuando estos están enmarcados dentro de la relación familiar antecedida por un vínculo jurídico (matrimonio, adopción, reconocimiento legal, etc.), pero debemos tener en cuenta que existen además, otros tipos de formas familiares informales muy frecuentes, entonces debemos preguntarnos si es que dicha protección es extensiva para ellas y cuál es su real alcance.

La presente investigación busca indagar dentro del seguro de desempleo como tratan las instituciones a quienes sin tener un lazo formal, comparten un proyecto de vida con la persona titular del beneficio asignado para tal evento en caso de que este haya fallecido, si es que la Seguridad Social protege efectivamente a las situaciones de hecho en Chile en relación a este tema. También es necesario revisar como queda frente a esta situación personas que constituyeron el nuevo estado civil de convivientes entregado por la Ley 20.830.

I.- UNIONES DE HECHO

1. Historia

Cada vez que dos personas voluntariamente deciden emprender una vida en común, desde hace tiempos remotos, lo han hecho al amparo de la ley, adecuándose a lo que las normas del lugar donde habitan dictan para tal decisión, cumpliendo rituales y requisitos ordenados. El matrimonio como lo define el Código Civil en su artículo 102 "*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*" nos entrega una idea de lo que ambos contrayentes buscan con la celebración de este.

Sucede que personas por decisión personal o bien por impedimentos legales, se unen con el mismo fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente pero de una manera espontánea y sin que exista un contrato de por medio.

Personas unidas sólo por un vínculo afectivo han existido desde siempre, lo que ha cambiado con el paso de la historia ha sido su connotación social, el concubinato es tan antiguo como el matrimonio, pero su aceptación ha sido gradual, así como su regulación positiva que, con un poco más de lentitud también ha ido evolucionando.

Históricamente el concubinato ha sido valorizado en posiciones extremas, basado en fundamentos de carácter moral, una primera postura es de repudio total, porque significa un atentado a la familia legalmente constituida, esta postura le otorga nulo valor, salvo para sancionarlo, el Concilio de Trento en el año 1545 estableció como pecado las relaciones sexuales practicadas fuera del matrimonio, las calificó como "*un estado de fornicación continua*", en algunos estados fue catalogado como delito y reprimido penalmente (Suiza, República Popular China, etc.).¹

Existe una segunda postura, la que se muestra silente frente al concubinato, sin perjuicio a hacer leves alusiones con ocasión de regular determinadas situaciones, esta es la postura adoptada por nuestra legislación, así como el Código Civil francés del año 1804.

¹ COURT MURASSO, Eduardo. *Curso de Derecho de Familia; matrimonio- regímenes matrimoniales-uniones de hecho*. 1 ed. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009. pp 230-231. ISBN.978-956-238-815-3.

Una tercera corriente es aquella que de manera restringida lo acepta en forma aislada y con reparos, porque según ella, el concubinato no siempre es contrario a la moral contemporánea y negarle valor legal implica cerrar los ojos a la realidad e importa un ataque a la conciencia y al sentido del bien.

Hoy en día la tendencia mundial que predomina es la de aceptación, pero principalmente respecto de aquellas relaciones con carácter de estables y continuas.

En la legislación nacional se trata a las uniones de hecho no de manera directa, sino de manera incidental a propósito de la determinación de la paternidad o maternidad o con ocasión de figuras penales incriminatorias respecto de circunstancias atenuantes o agravantes para la calificación delictual y asignación de penas.

2. Concepto

Es usual escuchar hablar de “uniones de hecho”, “concubinato”, “convivientes” y otros términos afines, a veces de manera peyorativa, otras para definir una situación fáctica, pero ¿a qué nos estamos refiriendo cuando las usamos?

La Real Academia Española (RAE) define concubinato como: *relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados*. También, si buscamos el significado de convivir lo define como: *vivir en compañía de otros*, este es el significado que le daremos a convivir en la presente investigación y no al nuevo estado civil aportado por la Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil. Para la definición de parejas de hecho o uniones de hecho debemos ir un poco más allá para encontrar una definición, jurídicamente se suele emplear la frase latina “*more uxorio*” para definir a las convivencia de parejas sin previo matrimonio (donde se exige algo más que una simple relación de noviazgo o similar, exige convivencia).

Todas las definiciones son aceptadas para definir una misma situación, la palabra que se use, variara según la connotación que le debemos.

La doctrina y jurisprudencia francesa prefieren a esta relación denominarla “unión libre”, mientras que los autores Puig Peña y Fueyo proponen la expresión “unión marital de hecho”

3. Elementos

En principio tiende a considerarse esta unión entre personas de distinto sexo, libremente consentida, estable y con cierta continuidad, descartando aquellas relaciones de carácter transitorio. Esto es en lo que la doctrina se ha puesto de acuerdo, pero debemos considerar que conforme pasa el tiempo se ha de extender además a personas que conformen una vida en común de carácter homosexual.

Con el paso del tiempo se han establecido elementos que han de estar presentes en cada definición para que nos encontremos frente a una unión de hecho, que si bien no aparecen establecidas por ley, la jurisprudencia ha venido considerando como elementos básicos necesarios para determinar si nos encontramos o no frente a tal situación.

- a) Cohabitación o convivencia: elemento que permite distinguir entre una simple relación circunstancial y un concubinato. La convivencia implica una vida en común, así como compartir un lecho (que entre los convivientes existan relaciones sexuales) lo que es propio de una relación matrimonial, el concubinato es una forma de matrimonio “en apariencia”, compartir una habitación, un hogar por un periodo de tiempo significativo.
- b) Notoriedad: que esta relación sea en apariencia un matrimonio, de público conocimiento y no sea ocultada por los convivientes en sociedad, se sostiene que una relación mantenida en la clandestinidad el derecho no debe ocuparse de ella.
- c) Singularidad: esta relación ha de ser exclusiva entre los sujetos.
- d) Estabilidad: es aquello que se conoce como concubinato “*more uxorio*” y que descarta a las relaciones casuales o relaciones extramaritales accidentales de carácter intermitente y discontinuo.

La relación entre los convivientes ha de ser estable, duradera. Sin este carácter se le priva de todos los efectos que se le pudiesen adjudicar a esta convivencia. Pero, así como en el matrimonio podría esta convivencia verse afectada por rupturas y quiebres momentáneos, seguidos de reconciliaciones, sin que con ello se viese afectada esta.

- e) Unión sexual libre y voluntaria: es esencial que esta unión sea de mutuo consentimiento, aunque se acepta que pueda darse fuera de este carácter, siempre que una vez superada la situación de fuerza, la víctima consienta y se mantenga la convivencia.
- f) Heterosexualidad: este punto ha ido variando o flexibilizando toda vez que a partir de este año se ha incluido oficialmente el estado de “conviviente” por la Ley 20.830, que regula las uniones civiles y que permite a parejas del mismo sexo optar este acuerdo. Creemos que es prudente entonces, empezar a incluir en las uniones de hecho a parejas homosexuales haciendo alusión al aforismo jurídico “quien puede lo más, puede lo menos”.
- g) Aptitud matrimonial: algunos autores incluyen este requisito a los convivientes, para descartar aquellas relaciones adulteras, incestuosas, con impúberes, etc.
- h) Comunidad de vida: no basta vivir bajo un mismo techo, sino hacer una vida en común, basada en vínculos afectivos y con propuestas de vida en común compartida por los convivientes y no solo basada en la realización de proyectos de carácter individual.²

4. Legislación chilena

La legislación nacional no regula directamente el concubinato o connubio, para este posee un carácter inocuo, no se manifiesta sobre su licitud o ilicitud, lo que no puede hacer nuestro ordenamiento es sustraerse de los efectos que se generan a partir de este.

² COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit., pp229-230.

La historia nacional muestra 3 grandes etapas de tratamiento de las situaciones afectivas que no se constituyen a partir del matrimonio, a partir de su inclusión en el ámbito jurídico y dependiendo de la actitud que la legislación haya adoptado frente a ellas.

- a) Etapa extralegal: en Chile ya desde la época en que era regido por leyes indianas, se conocía de este tipo de uniones, las cuales se dividían en 2 tipos:

Las primeras eran aquellas que eran constituidas por 2 personas solteras y que no tenían impedimento legal para casarse y que se denominaba “barraganía” y que eran toleradas por la legislación, y que como consecuencia de ello los hijos que nacieran dentro de ellas eran considerados “naturales” y estos podían ser reconocidos legalmente

El segundo tipo de uniones era aquel que se producía contraviniendo los requisitos antes mencionados y se les denominaba “amancebamiento” y que eran considerados un pecado público y un delito

Con la dictación del código civil en 1857, no hubo cambio alguno, puesto que se mantuvo silente respecto de estas situaciones y solo se pronunció respecto al reconocimiento de los hijos que nacieran de estas situaciones y que no cambiaba en nada lo que ya se estaba aplicando (reconocimiento ipso iure de los hijos naturales). Solo se pronunció respecto a otorgarle plena validez a los matrimonios efectuados ante la autoridad eclesiástica “el matrimonio que es válido ante los ojos de la Iglesia lo es también ante la ley civil”, esto solo duro hasta la dictación de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y que priva de todo valor a aquellos matrimonios que se celebren fuera de las leyes civiles.

Durante el siglo XIX la legislación civil no se pronunció sobre el concubinato y solo la Ley penal hizo lo suyo, pero para sancionar a ciertas situaciones que no eran susceptibles de ser catalogadas como tal, ejemplo de ello es la figura de amancebamiento que sancionaba la relación sostenida por una persona casada con una soltera y que tuviese esta convivencia cierta permanencia.

- b) Construcción jurisprudencial: con la entrada en vigencia de la Ley de matrimonio civil del año 1884, se genera un nuevo escenario a fines del siglo XIX, y en donde la jurisprudencia

tuvo un rol activo, atendiendo a la necesidad de pronunciamiento que exigía la realidad nacional, y en donde el concubinato se erigía como una cuestión de interés público.

Existían dos líneas de discusión, una de ellas se suscitó a partir de situaciones originadas a partir de la invalidez de los matrimonios eclesiásticos originada con la dictación de la Ley y la otra era aquella originada a partir de la mera convivencia.

La primera de ellas se refería a la existencia o no de derechos derivados de la unión religiosa que concernían a los convivientes y cuál era la situación jurídica de ellos. Si bien no hubo reconocimiento civil de la validez de estos, tampoco eran considerados ilícitos, solo que en ellos no podría encontrarse causa alguna de derecho u obligación civil.

La segunda línea aborda las situaciones en donde no media ni siquiera un vínculo religioso, acá si se pronuncia y las declara ilícitas.

Durante el siglo XX la discusión no se centró en la licitud o no de las uniones, ya fueran eclesiásticas o no, sino que su punto central fue en establecer si es que entre los concubinos ha nacido o no algún tipo de derecho u obligación. Respecto de este punto, se manifestó de acuerdo en otorgar ciertos derechos de carácter patrimonial, pero fundados en que entre ellos medie una causa de obligaciones concreta, como por ejemplo: comunidad de hecho o servicios remunerados.

- c) Camino al reconocimiento legal: A partir del siglo XX el ordenamiento jurídico abandona el silencio frente a aquellas uniones entre parejas heterosexuales de origen extralegal, que si bien no las regulan, si otorgan cierto valor como causante de efectos jurídicos y tienden a disminuir cierto reproche jurídico (existiendo una variación terminológica, abandonándose la designación de concubinato y utilizándose desde entonces la de unión no matrimonial". Desde el año 1949 con la dictación de la Ley 9.293 que modifica la Ley 5.750 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, hace responsable solidario al concubino(a) del padre o madre o conyugue alimentante de la obligación de alimentos. En la actualidad la Ley 19.947 del año 2004 sobre Matrimonio Civil se ha aplicado a

situaciones no matrimoniales extendiendo lo suscrito en su artículo N°61 respecto a compensación económica que corresponde al cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos o labores propias del hogar, como se señala en fallo : 337-2011, del 7 de marzo del año 2012 de la 1ra sala de la Corte Suprema, en que según se señala no se ha de aplicar esta por el vínculo matrimonial inexistente, sino por el fin que este precepto busca, esto es, compensar al conviviente por el menoscabo económico.³

Es menester incluir desde este año el inicio de una nueva etapa, que se origina a partir de la dictación de la Ley 20.830 de acuerdo de Unión Civil, que permite tanto a parejas heterosexuales como homosexuales que hacen una vida en común, celebrar un contrato que, si bien no implica matrimonio, el Estado reconoce el nuevo estado civil de conviviente y mediante esta Ley se regulan aspectos patrimoniales, familiares y derechos de salud, laborales y previsionales.

La unión civil viene a perfeccionar el reconocimiento institucional y protección de aquellas parejas que sin estar casadas, conviven, comparten patrimonio y conforman un núcleo familiar.

³ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUEZAR, Aránzazu. *Nuevo Derecho matrimonial Chileno*. 2 ed. Santiago: Lexis Nexis Chile. pp 45-47. ISBN 956-238-490-X.

II.- SEGURIDAD SOCIAL

1. Concepto

Es difícil precisar un concepto que abarque su total contenido y alcance, es una rama que está en evolución constante, por lo cual nos quedaremos con la aportada por la Comisión de expertos que se formó en el año 1959, bajo el gobierno de don Jorge Alessandri Rodríguez y que fue presidida por el ilustre abogado don Jorge Prat Hechaurren: *“Es la rama de la política socio-económica de un país, por la cual la comunidad protege a sus miembros, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, mas progreso y mayor bienestar comunes”*.⁴

Como rama política-económica no existe un modelo único, y la doctrina ha elaborado diferentes lineamientos que no necesariamente calzan en su totalidad con los diseños existentes, lo que si se ha podido lograr es la creación de un conjunto principios integradores e informadores, los cuales aportan una estructura mínima e indispensable que asegura el desarrollo de un sistema que evoluciona constantemente.

- a) Universalidad: el sistema adoptado debe comprender tanto a las personas como también sus necesidades, lo que se ha llevado a una división de esta:
 - Universalidad subjetiva: es aquella que atiende al sujeto, y hace referencia a que la Seguridad Social, debe cubrir a todas las personas, sin discriminar.
 - Universalidad objetiva: la Seguridad Social, por otra parte, debe buscar la cobertura total de las contingencias, eliminando los riesgos que pudiesen provocar un desequilibrio entre las necesidades y los ingresos de los individuos.
- b) Igualdad e integridad: la población debiera recibir los mismos beneficios o asignaciones frente a los mismos riesgos y estas prestaciones deben cubrir además, la contingencia social de manera suficiente.

⁴ HUMERES NOGUER, Héctor. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 16 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. 3 vol. ISBN.956-10-1598-6.

- c) Solidaridad: vinculado a la redistribución del ingreso nacional, en donde toda la población de un Estado debe contribuir acorde a sus posibilidades al mantenimiento y sostenimiento del Sistema (independiente si es acreedor o no de la prestación). Radica en un esfuerzo comunitario que atiende al bien común, donde todos los miembros suministran medios necesarios, prescindiendo de un interés particular.
- d) Unidad o descentralización: este es uno de los principios en que la doctrina diverge, puesto que se discute el sentido de unidad, ya que hay quienes sostienen que este se basa en que exista un solo organismo que se encargue de la administración del sistema de Seguridad Social, puesto que evita costos excesivos y simplifica la estructura administrativa. Por otro lado, hay quienes estiman que este principio no atiende a la existencia de este organismo supremo de cobertura total, sino más bien, a que cada contingencia sea cubierta por un organismo gestor y que cada uno de ellos mantenga su individualidad ya que la existencia de un organismo único no garantiza la simplicidad y bajo costo de su administración, y que dependerá más bien de una estrategia política y magnitud del espectro a cubrir.
- e) Subsidiaridad: este principio implica el reconocimiento por parte del Estado a los grupos intermedios, en donde este debe actuar como ente regulador y fiscalizador, mas no participar de dichas actividades, coartando la iniciativa privada. Entonces, el rol del Estado, se limita a dos obligaciones:
 - a) permitir que los grupos intermedios e individuos por si mismos hagan frente a sus estados de necesidad.
 - b) intervención limitada a los casos en que estos sean incapaces por si mismos de solucionar sus necesidades.⁵

2. Seguridad Social como derecho

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), nos entrega un concepto de lo que se debe tener como el derecho a la Seguridad Social: “conjunto de disposiciones legislativas que crean un

⁵ HUMERES NOGUER, Héctor. Ob. Cit., pp. 31-39.

derecho a determinadas prestaciones, para determinadas categorías de personas, en condiciones específicas". De esta definición, se extrae que este conjunto legislativo debe tener por objetivo los siguientes puntos:

- Normar el funcionamiento institucional de la seguridad Social.
- Regular las relaciones entre los servicios con las entidades empleadoras para efectos de afiliación de los trabajadores y pago de sus cotizaciones.
- Regular las relaciones entre los servicios con las entidades empleadoras y los trabajadores.
- Resolver conflictos suscitados entre los servicios y las entidades empleadoras o con los trabajadores (tanto vía jurisdiccional como administrativa).

Este derecho es un derecho reciente, cuyo desarrollo mayor se produjo posterior a la Segunda Guerra Mundial, su objetivo es la desconcentración, busca la optimización de las prestaciones generales, en base a la participación de entidades mixtas o privadas.⁶

Consagración constitucional del derecho a la Seguridad Social: Este es uno de aquellos derechos considerados de segunda generación, consagrado constitucionalmente. Este constitucionalismo surgió en el año 1970 con ocasión de la reforma constitucional de la ley 17.398, que agregó un numerando 16 al otrora artículo N°10 de la CPE del año 1925, para estar acorde a las tendencias constitucionales internacionales, ya que antes de ello, solo se limitaba a proteger las obras de previsión social (art. 10 N°14), el cual además consagraba el deber del estado de velar por la salud pública y bienestar higiénico del país.

El derecho a la Seguridad Social Constitucional ha tenido un contenido variable, desde los vestigios de la CPE del año 1925, pasando por la reforma introducida por la Ley 17.398 del año 1970, hasta la consagración otorgada por la actual Constitución.

En la actualidad, bajo el imperio de la CPE del año 1980, este derecho se encuentra consagrado en el art.19 que consagra los derechos constitucionales de todas las personas y en su numerando

⁶ HUMERES NOGUER, Héctor. Ob. Cit., pp. 40-48.

18 establece: *“El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”*.

Del precepto introducido en la nueva CPE (1980) se puede observar que solo se limita a consagrar tal derecho a nivel constitucional, pero deja su materialización o regulación al legislador, el cual deberá actuar mediante ley de quórum calificado. Se critica de él que consagra el principio de subsidiaridad estatal como un principio rector, y no como un principio de participación de los beneficiarios en la gestión de la Seguridad Social. Con la modificación introducida en el año 1989 al art. N°5, se deja atrás esta interpretación, ya que establece: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Y otorga un rol más participativo al Estado, así para algunos autores, se contrapesa por un lado la amplia prerrogativa otorgada a privados, con la intervención estatal en actividades privadas, que por su trascendencia no puede abstraerse de ellas y no solo avocarse a aquellas en que los privados son incapaces de gestionar.⁷

3. Vinculación al sistema

En el sistema de la Seguridad Social participan diversos actores (entidades prestadoras, captadoras, beneficiarios, Estado) que de alguna forma han de vincularse para cumplir con su fin, estas relaciones se encuentran reguladas por normas de orden público, con algunas excepciones, debido a que se manejan fondos públicos y el servicio que otorgan las entidades poseen el mismo carácter, además, lo que prima es el interés general de la población.

Existen dos elementos de vinculación principal:

⁷ Revista de *Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. N°2-212. Talca: UTALCA, 2013. ISSN0718-0195.

- a) Afiliación: la afiliación es el elemento principal de vinculación del trabajador al sistema, entendiéndose por tal al *“acto jurídico por medio del cual la persona se integra al régimen pertinente y que genera derechos y deberes, tanto para el afiliado como para el órgano gestor del sistema”*.⁸

Por la afiliación la persona ingresa al sistema o régimen correspondiente de la Seguridad Social, se da con ello el inicio de la relación jurídica, de dicha relación nacen dos efectos esenciales: el derecho del afiliado a las prestaciones de la Seguridad Social y la obligación de la entidad empleadora (o del mismo afiliado, caso del independiente) de efectuar las respectivas cotizaciones.⁹

- b) Cotización: por cotización debemos entender como *“la parte de la remuneración o de la renta declarada, que los trabajadores dependientes e independientes, respectivamente, están obligados a enterar en la administradora a la que se encuentran afiliados, para financiar las prestaciones que establece la ley y para pagar la remuneración que corresponde a la administradora”*¹⁰

Debemos hacer el alcance que en la actualidad tanto trabajadores dependientes como a honorarios están obligados a cotizar (Ley 20.255), esta obligación comenzó a implementarse de manera gradual en el tiempo. En particular, durante los años 2012, 2013 y 2014, los trabajadores a honorarios debieron de cotizar para pensiones y accidentes del trabajo, salvo quienes manifestaron expresamente, en cada año, su voluntad de no desear realizarlo. A partir de enero 2015, la obligación de cotizar no admite excepción y todos los trabajadores a honorarios deberán cotizar para pensiones y accidentes del trabajo. Desde el 2018, deberán hacerlo también para salud (existe un proyecto en el Congreso que busca postergar la obligatoriedad para cotizaciones de salud y pensiones para el 2018).

⁸ HUMERES NOGUER, Héctor. Ob. Cit., p 49.

⁹ CIFUENTES LILLO, Hugo, et al. Seguridad social parte general y pensiones. 1 ed. Santiago: Ed. Librotecnia, pp 83-87.

¹⁰ ARTHUR ERRAZURIZ, Guillermo, *Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones*, 1 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. 1. P.83. ISBN.956-10-1600-1

El carácter voluntario debemos acotarlo entonces, a aquellas cotizaciones que realizan las personas al ahorro previsional voluntario.¹¹

4. Administración de la Seguridad Social

Esta actividad se desarrolla a través de instituciones privadas, estatales o bien mediante un sistema que mezcla los dos caracteres anteriores. De estos, es el sistema mixto el que predomina. El sistema estatal es aquel que cuya administración es asumida en forma íntegra por organismos del Estado, además su operación, establecimiento y fiscalización le pertenece al Estado. En nuestro país impero hasta los años 90, acá el rol estatal prima dejando relegado a un segundo plano el principio de subsidiaridad.

Administración privada, es por el contrario aquella en que el Estado abandona su monopolio, predomina su rol subsidiario, reservándose solo aquellas actividades de carácter fiscalizador. En la Constitución Política de 1980 se le entrega al Estado un rol de garante, estableciendo la posibilidad de que las prestaciones pudiesen otorgarse mediante instituciones privadas o públicas.

Independiente del sistema adoptado, ya sea público, privado o una mezcla de ambos, siempre el Estado tendrá una función indelegable, que la ejercerá con menos o mayor holgura respectivamente y que es la de controlar el funcionamiento del sistema.¹²

Los últimos perfeccionamientos efectuados tanto a los sistemas de Seguridad Social como a los programas que configuran lo que se ha denominado “Red de Protección Social”, se han caracterizado por un aumento en la participación estatal tanto como ente financiador, como proveedor directo de servicios o como interventor de los mercados de la Seguridad Social, materializado esto último en procesos de licitación establecidos a través de las últimas reformas al sistema de pensiones o al seguro de cesantía.

5. Prestaciones de los seguros sociales

Como señala la definición de seguridad social ya citada, su principal objetivo es resguardar a los miembros de una comunidad, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente

¹¹ CIFUENTES LILLO, Hugo. Ob. Cit., p113.

¹² HUMERES NOGUER, Héctor. Ob. Cit., pp 509-512

suficientes, para lograr tan extenso propósito se ha dividido dicha actividad en ramas que apuntan a la atención especializada para lograr de manera más exitosa tales propósitos.

Existen programas que agrupan a diversas contingencias y estas están cubiertas a la vez por los seguros sociales o por beneficios asistenciales o bien en forma conjunta por ambos.

- Pensiones: invalidez, vejez y sobrevivencia.
- Salud: prevención y curación, subsidios por incapacidad laboral, accidentes del trabajo.
- Prestaciones familiares: asignación familiar, subsidios maternales, reposo hijo menor.
- Desempleo: seguro de cesantía, subsidio cesantía.
- Beneficios asistenciales: programas de alimentación, menores en situación irregular.

El régimen de pensiones es gestionado por Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Compañías de Seguros de Vida, organizadas jurídicamente como sociedades anónimas; el de medicina preventiva y curativa es administrado por Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), las que pueden estar constituidas indistintamente como sociedades anónimas o corporaciones de derecho privado sin fines de lucro; los regímenes de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y de prestaciones familiares, donde participan las Mutualidades de Empleadores y las Cajas de Compensación, respectivamente, ambas como corporaciones de derecho privado sin fines de lucro; y, por último, el régimen de Seguros de Cesantía cuya gestión es encargada, mediante un proceso de licitación, a una Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía, constituida como sociedades anónimas (AFC).

III.- SEGURO DE DESEMPLEO

1.- Ambiente previo

Con el advenimiento del “Estado de Bienestar” en el siglo XX comenzó en Chile a crearse una necesidad político-social de resguardar y proteger a los trabajadores, que se expandió a las ciudades y sectores mineros, producto de la reivindicación de los derechos de los obreros.

Las primeras cuestiones planteadas por los trabajadores que tuvieron temprana respuesta y que se convirtieron en leyes fueron lo referente al descanso dominical (1907), sillas de descanso y horario de colación (1914), término de conflicto vía conciliación y arbitraje (1917).

Durante el gobierno de Alessandri Palma se creó una agenda extensa de leyes laborales bajo la consigna: “si la evolución se retrasa, triunfa la revolución”, que contenía reformas que incluían protección a los ingresos por causa de accidentes, invalidez, vejez y enfermedad; regulación al contrato de trabajo y régimen de salario, la creación de la Dirección del Trabajo, la constitución de sindicatos, entre otras, leyes que se consolidaron bajo el gobierno de Carlos Ibáñez.¹³

A mediados de 1970, luego de una inestabilidad social-económica, el estado de bienestar da paso al estado de bienestar residual, donde el régimen militar creó una profunda modificación a la política social, focalizando la acción pública en los grupos más pobres y depositando en los individuos la responsabilidad en el logro de su propio bienestar.

Con la transición a la democracia, se planteó un gran desafío: responder a las múltiples demandas de los sectores postergados durante el periodo militar.

En lo referente al tema que nos ocupa, debemos centrarnos en la segunda década de la vuelta a la democracia, puesto que recién en el año 2002 entró en vigor la Ley que creó el Seguro de Desempleo en Chile, que vino a llenar un gran vacío en lo tocante a la protección efectiva de los ingresos de los trabajadores ante la pérdida de la fuente laboral.

¹³ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, *Las nuevas políticas de protección social en perspectiva histórica*: Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo-Chile, Osvaldo Larrañaga. 2014.

Para el diseño de dicho seguro, Chile se aprovechó de la experiencia de otros países donde ya existían seguros de esta índole y con ello se evitó caer en errores que se habían cometido en la instauración de ellos, haciéndose cargo de problemas que se pudiesen presentar como: entregar beneficios a trabajadores menos necesitados (trabajadores temporales o por obra), inducir a que empleadores y trabajadores se coludiesen a expensas de fondos comunes y recursos fiscales o por otro lado, desalentar a los trabajadores cesantes en la búsqueda de trabajo a quienes les resultaba conveniente mantener el subsidio. Este tipo de subsidio, sin las mejoras inducidas a base de la experiencia extranjera hubiese sido imposible implementar en países en vías de desarrollo como el nuestro, por la gran capacidad económica que implica.

2.- El seguro de desempleo

La Ley 19.728 crea el Seguro de Desempleo, en el año 2002, de amplia cobertura, que entrega beneficios significativos a los trabajadores. Esta hace eco a un anhelo ampliamente sentido y esperado, puesto que este tipo de seguros existían desde hace más de un siglo en otras latitudes del mundo, Francia (1905), Dinamarca (1907).

Cabe precisar que ya se contaba con un sistema de subsidio por cesantía establecido por el DFL 150, del 27 de agosto de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el cual como lo indica en sus artículos 20 y 21, se financia de manera exclusiva con un fondo denominado “Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía”, integrado exclusivamente con aportes fiscales.

El nuevo seguro establecido por la Ley 19.728 viene a subsanar falencias y llenar vacíos que evidenciaba el anteriormente mencionado DFL 150, además de mejorar notoriamente la cobertura y montos asignados que eran considerablemente insuficientes (pagaderos cada 90 días y que partían de una base de 8.669 hasta 17.338 pesos) para hacer frente al evento del desempleo y consecuentemente la falta de ingreso del trabajador y de quienes dependen económicamente de él, además de exigir como requisitos la calidad de cesante, 12 meses de cotización (ó 52 semanas), inscripción en el registro de cesantes tanto de la institución previsional respectiva como también, en el de la municipalidad respectiva (donde se le asignaba trabajos de asistencia en

beneficio de la comunidad), con todo, aquellas personas que percibían los beneficios del sistema de cesantía, quedaban sujetas a una jornada no inferior a 30 horas semanales para desarrollar aquellas funciones que el alcalde de la municipalidad respectiva les asignara.

El seguro de cesantía viene además a complementar la indemnización de un mes por año de servicio en caso de despido, con la que ya contaba el trabajador chileno. Estos dos instrumentos se han de considerar en conjunto al momento de evaluar los resultados de la Ley en comento, puesto que se hacen efectivos ante la misma contingencia (desempleo) y cubren la misma necesidad (hacer frente a la disminución de recursos económicos a que se verá enfrentado el cesante y su grupo familiar).¹⁴

3.- Objetivo del seguro

Como se establece en el mensaje presidencial del proyecto de la Ley, dicho seguro busca otorgar una mayor protección social, como por ejemplo, apoyar al trabajador en sus esfuerzos en la búsqueda de un nuevo empleo y reinserción productiva, además de mantener un nivel de ingresos durante el periodo que dure la cesantía por lo trascendente de esta contingencia y lo que implica para el trabajador, su familia y en general, la sociedad toda.

Debemos tener presente que en la realidad económica y laboral de nuestro país cada año se crean y extinguen fuentes laborales, por lo que se nos hace imperativo contar con un sistema que amortice los efectos de ello y permita al trabajador contar con un ingreso mientras encuentre un nuevo trabajo, y es más, pueda el optar por su propia voluntad buscar un nuevo trabajo más acorde a sus expectativas renunciando al trabajo actual.

Efectos adicionales del seguro: además del fin antes mencionado, con el seguro de desempleo se busca proteger al trabajador en los casos en que su pérdida del trabajo se deba a otras causas que no le hacen acreedor de la indemnización por años de servicios (renuncia, mutuo acuerdo), o bien se extinga el contrato por causales objetivas como cumplimiento del plazo o caso fortuito. De la

¹⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, *El seguro de desempleo*, Programa para la superación de la pobreza de las Naciones Unidas. Joseph Ramos, Carlos Acero. 2010.

misma manera, ante el fallecimiento del trabajador, la familia sobreviviente no tiene derecho a prestación laboral, pues no constituye una situación de cesantía. Tampoco dicha indemnización corresponde ante el caso que la cesación del contrato de trabajo por despido, cuando se invoque como causal de caducidad un hecho que le sea imputable al trabajador.¹⁵

Para la elaboración del proyecto de esta ley se tomaron en cuenta los principios centrales del sistema de Seguridad Sociales (ya comentados), que se manifiestan de esta manera:

1. Universalidad: Por este seguro se busca proteger a todos los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, excluyendo solo a trabajadores de casa particular, los que ya tienen un tratamiento especial, en dicho código, además de trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los menores de 18 años (hasta que cumplan la mayoría de edad) y los pensionados, salvo que la pensión hubiese sido otorgada por invalidez parcial, transitoria o definitiva.
2. Solidaridad: Dicho principio se refleja en la creación del Fondo de Cesantía Solidario, de financiamiento bipartito a cargo por un lado de cotizaciones efectuadas por el empleador y por otro lado, con aportes del Estado, cuyo fin es el resguardo de aquellos trabajadores de menos recursos, para que tengan un régimen de prestaciones básicas, en el caso que su cuenta individual no se lo permita.
3. Igualdad: No se proponen normas de privilegios para algunos o de perjuicios para otros, todos los trabajadores tienen el mismo tratamiento jurídico frente al derecho de las prestaciones (salvo normas diferenciales para trabajadores contratados por obras o faena, entre ellos se mantiene si este principio).
4. Subsidiaridad: La administración de este sistema de seguro está a cargo de una institución denominada Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), que corresponde a una sociedad de derecho privado, conservando el Estado su facultad de fiscalizar el riguroso cumplimiento de la normativa de dicha sociedad.¹⁶

¹⁵ Historia de la Ley N°19.728, pp.5-8, mensaje presidencial.2001.

¹⁶ Historia de la Ley N°19.728, pp.8-9, mensaje presidencial. 2001.

El seguro de la Ley N° 19.728

El Seguro de Desempleo o Cesantía, se estableció en la Ley N° 19.728, que se promulgó el 30 de abril del año 2001 y entro en vigencia en octubre del año 2002.

Este seguro se estableció con un carácter de obligatorio para trabajadores dependientes que inicien o reinicien actividades laborales a partir de la entrada en vigencia de la Ley (02 de octubre del año 2002), cuya afiliación será automática. Para los trabajadores que a la fecha se encontrasen con un contrato de trabajo vigente, su incorporación es de carácter voluntario, debiendo ceñirse en cuanto a los porcentajes a lo establecido para los trabajadores que se incorporan de manera obligatoria, debiendo para tal evento comunicárselo a su empleador con una anticipación de 30 días a lo menos, deberán los trabajadores por cuenta propia acercarse a cualquier centro de afiliación (art. N°1, disposiciones transitorias, Ley 19.728).

El organismo encargado de la administración de este seguro es La Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile II S.A. (AFC Chile) es una sociedad anónima cerrada, cuyo giro único y exclusivo es administrar dos Fondos denominados: Fondo de Cesantía y Fondo de Cesantía Solidario y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la Ley N° 19.728 sobre Seguro de Cesantía.

- **Personas protegidas por el seguro:**

Trabajadores dependientes que se rijan por el Código del Trabajo, que inicien sus actividades a partir del 2 de octubre del año 2002 (obligatorio) y trabajadores que ya cuenten con un contrato de trabajo a la fecha y que opten voluntariamente a suscribirlo.

Además, aquellos trabajadores que estando afectos a estatutos especiales, supletoriamente rigen sus relaciones laborales, en materia de terminación de contrato, por leyes complementarias vinculadas a las normativas del código antes referido (profesionales de la educación del sector particular, por ejemplo).¹⁷

- **Fondos del Seguro:**

¹⁷ DANIEL NADAL SERRI, "Ley del seguro de desempleo". En: El Seguro de Desempleo. Santiago.Lexis Nexis. 2002. p3. ISBN 956-238-353-9

El seguro cuenta con dos fondos para hacerse efectivo.

- Fondo de Cesantía: compuesto por las cuentas individuales de cesantía (CIC) de todos los afiliados.
- Fondo Solidario de Cesantía: es un financiamiento complementario al ahorro individual y que no pertenece a ningún trabajador en particular.

- **Financiamiento del seguro:**

Para el financiamiento del seguro se ha de hacer un distingo frente a qué tipo de contratos encontremos, así:

- Si estamos frente a un contrato de trabajo de carácter indefinido, la cuenta individual (CIC), se financia con un aporte del 0,6% de la remuneración imponible del trabajador, más un aporte del 1,6% del empleador. Ahora, para el caso de la cuenta del Fondo Solidario de cesantía, ésta la componen aportes efectuados por el empleador 0.8% y el Estado UTM 225.792 (anuales).¹⁸
- Para el caso de un contrato de trabajo a plazo fijo, por obra, trabajo o servicio determinado, la cuenta individual de cesantía (CIC) es de cargo exclusivo del empleador 3%.¹⁹

Para poder acceder a la cuenta individual se requiere haber efectuado un mínimo de seis cotizaciones, para el caso de trabajadores con contrato a plazo y similares, mientras tanto que para trabajadores con contrato indefinido se requiere un mínimo de 12 cotizaciones; el retiro de la cuenta individual (CIC) es a todo evento (sea por razones voluntarias o por despido). De esta manera el seguro protege tanto a quienes se retiren voluntariamente para conseguir un mejor empleo, así como a quien es despedido.

Según datos de la Superintendencia de pensiones, a agosto del 2015, del universo de cotizantes, un 71,8% corresponde a cotizantes con contrato indefinido, mientras que un

¹⁸ AFC, Chile, Seguro de Cesantía. [en línea] <https://www.afc.cl/AFC/publico/financiamiento.html>

¹⁹ Artículo 5, Ley N° 19.720. Seguro de Desempleo, 2001.

28,2% corresponde a cotizantes con contrato a plazo fijo, por obra, trabajo o servicio determinado.²⁰

Cuando el contrato de trabajo terminare por las causales previstas en el artículo 161 del código del trabajo (necesidades de la empresa), corresponde al trabajador indemnización por años de servicio (prevista en el art. 163 del mismo código), se debe imputar a esta prestación, la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador.

- **Pago de las prestaciones del seguro:**

Las prestaciones del Seguro se pagan al trabajador, cumpliendo con los requisitos previstos por la Ley, además deben concurrir a la AFC y presentar el finiquito, la comunicación de despido, la certificación del inspector del trabajo respectivo que verifique el termino del contrato, acta de conciliación o avenimiento o acta de comparecencia ante la Inspección del Trabajo respectiva, sentencia judicial ejecutoriada o carta de renuncia ratificada por el trabajador ante alguno de los ministros de fe establecidos en el artículo 177 del Código del Trabajo.

El artículo N°18, de la Ley 19.728, establece además, para el caso del fallecimiento del titular (trabajador), un orden de prelación para el retiro de los fondos que este tenga en su cuenta individual (puesto que esta cuenta conforma parte del patrimonio del trabajador), complementado por la norma de carácter general, emitida por la Superintendencia de Pensiones, en uso las facultades legales que confiere la ley, en particular lo dispuesto en el número 3 del artículo 94 del D.L. N° 3.500, de 1980, en el artículo 47 número 6 de la Ley N° 20.255 y en el artículo 35 de la Ley N° 19.728:

- Se deberán pagar primero, a la persona o personas que el trabajador haya designado ante la Sociedad Administradora como beneficiario, en forma expresa y por escrito, individualizándola mediante nombre, apellidos y cédula de identidad.

²⁰ Seguro de Cesantía, informe mensual, Superintendencia de Seguros. 2015 [en línea] https://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articles-10841_recurso_1.pdf

En el evento en que el titular haya designado a más de una persona como beneficiario, los fondos se pagaran en los porcentajes que este hubiese designado, y en el caso contrario, el pago se realizara distribuyendo el valor total en partes iguales.

Para hacer efectivo el cobro, el interesado deberá presentar: certificado de defunción del titular, además, su cédula de identidad.

- A falta de expresión de voluntad del trabajador;
 - i. Si el saldo que quedase en la cuenta individual no excede de 5 UTA (2.591.880 pesos, en base a UTA del año en curso) , el pago se efectuara en el siguiente orden:
 - 1°: **Al cónyuge o conviviente civil**²¹, acreditaran su condición, con un Certificado de Matrimonio o de Unión Civil, emitido con posterioridad al fallecimiento del titular.
 - 2°: A falta de los antes mencionados, **los hijos**; acreditaran su condición, mediante Certificado de Nacimiento.
 - 3°: Y por último, **los padres**; se acredita mediante Certificado de Nacimiento del afiliado fallecido.

Para el caso de los hijos no emancipados, el pago se efectúa al padre o madre, y a falta de ellos al su tutor o curador que haya acreditado la calidad de tal respecto del beneficiario.

Todos ellos deberán acompañar además, Certificado de Defunción del titular.
- ii. Si el saldo en la cuenta individual excede las 5 UTA , debe incluirse en la posesión efectiva de la herencia y pagarse a los herederos previa presentación de la resolución emanada del Servicio de Registro Civil e Identificación , o el auto de posesión efectiva debidamente inscrito en el

²¹ SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, Norma de carácter general N°25, 21 octubre de 2015.

Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces que corresponda.

Cabe destacar, de lo antes mencionado, que mediante la norma de carácter general N°25 de la Superintendencia de Pensiones, se incorporó a los beneficiarios, el conviviente civil, nuevo estado civil aportado por la Ley 20.830, donde queda ubicado este en la misma situación del cónyuge.

Análisis de la situación del conviviente:

En el escenario presentado, nos toca analizar la situación en la que quedan aquellas personas que si bien no medie un vínculo de carácter jurídico con la persona titular del comentado seguro, tienen una vida en común, una vez que este haya fallecido.

Como ya hemos señalado, esta cuestión no sería un tema de difícil resolución toda vez que el titular designara ante la Administradora al su conviviente como beneficiario(a) en caso de fallecimiento, pero también es cierto que en la realidad no es un trámite que las personas consideren necesario, o bien por falta de conocimiento lo realicen.

Cada vez que una persona celebra un contrato de trabajo (en la práctica), no tiene la oportunidad y menos la información respecto a las posibilidades de efectuar dicha estipulación, como ocurre por ejemplo cuando se le consulta el sistema de salud a elegir, o bien a cual AFP desea afiliarse, para el caso del Seguro de Cesantía, como la entidad aseguradora es única y el seguro es obligatorio y de afiliación automática, el trabajador no cuenta con la información necesaria.

Para explicar la situación, nos pondremos en el siguiente escenario hipotético:

Juan, 50 años, casado desde 1990 con Carmen, sin hijos matrimoniales, separado de hecho desde 1995, en el año 2000 empezó a convivir con Ana, conformaron una vida en común, no tuvieron hijos, Juan cuenta con un trabajo de contrato indefinido desde el año 2006, por lo cual su afiliación

al seguro se produjo de forma automática, y no tuvo la previsión de designar un eventual beneficiario.

Juan, fallece en el año 2015, dejando en el haber de su Cuenta Individual de Cesantía, la suma de 2.300.000 pesos, aplicando lo ya mencionado respecto al tratamiento que la ley otorga a un evento similar, debemos suponer que la única beneficiaria en este caso es Carmen, por figurar como cónyuge de Juan, la que podrá presentarse ante la entidad aseguradora con su cédula de identidad acompañada de un certificado de matrimonio emitido por el Servicio de Registro Civil con posterioridad al fallecimiento de Juan, a lo cual la entidad pagará el total de los fondos acumulados en la cuenta mencionada.

¿Tiene Ana, su conviviente por 16 años, alguna posibilidad de impugnar ese pago? ¿Puede Ana presentarse ante la entidad aseguradora para hacer efectivo el cobro de dicho seguro?

Para responder la primera interrogante, debemos primero indagar como trata el ordenamiento jurídico y como protege estas situaciones fácticas:

Debemos hacer el alcance que es una situación que va al alza, puesto que según el censo realizado en el año 2002 por el Instituto Nacional de Estadísticas, el número de convivientes aumentó de 5,7% a 8,9% en desmedro del número de matrimonios que presento una baja.²²

No existe un estatuto legal que regule estas situaciones como ya hemos mencionado, y le ha tocado a la jurisprudencia el pronunciamiento respecto a problemas que se han presentado con ocasión de este tipo de relaciones informales y lo ha hecho mayormente respecto a problemas de carácter patrimonial que se presentan al término de la relación de convivencia y la necesidad de distribuir los bienes que hayan adquirido durante su vigencia, se ha recurrido con ocasión de ello, para resolverlos, a las figura de sociedad de hecho, de la comunidad de bienes, y el principio general de enriquecimiento sin causa.

²² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS *XVII Censo Nacional de población y VI de vivienda*. Santiago, Chile: 2002.

Pero, respecto a la legitimación activa que le compete al conviviente vivo, las controversias que se han presentado versan sobre demandas por indemnización por el daño moral en el caso de un ilícito que provoque la muerte del conviviente, las que se fundan en la relación afectiva generada durante la convivencia, en estos casos se acepta al conviviente de la persona fallecida como legítimo actor para demandar.²³

En lo tocante a la legitimación activa, para el evento de impugnación por el cobro de la beneficiaria legal, no existe jurisprudencia en la actualidad, debemos tener presente que es un seguro reciente lo cual no obsta que en el futuro pueda plantearse como controversia.

En el escenario eventual, ¿cuál será la respuesta que otorgue la jurisprudencia?

Otorgará íntegra interpretación literal a la normativa existente, negando tajantemente la impugnación realizada por el o la conviviente respecto del cónyuge, o bien aplicando una visión de equidad aceptará por completo la impugnación, o adoptará una solución salomónica donde cada parte será satisfecha parcialmente.

Debemos recordar que en materia de carácter previsional se le reconocen ciertos derechos a los convivientes, como por ejemplo: Pensión de supervivencia por accidentes del trabajo del Art. 43 de la ley 16.744: “Si el accidente o enfermedad produce la muerte del afiliado, o si fallece el inválido pensionado, el cónyuge, sus hijos legítimos, naturales, ilegítimos o adoptivos, **la madre de sus hijos naturales.**”; el seguro obligatorio de accidentes de la ley 18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes causados por vehículos motorizados reconoce entre los beneficiarios a la **madre de los hijos naturales de la víctima**, sin requisito alguno.

En los casos antes mencionados, se le reconoce a la conviviente ciertos derechos, pero agregándosele un requisito adicional, como el ser madre de sus hijos naturales (por la fecha de dictación de las respectivas normas, debemos entender que se hace alusión a los hijos no matrimoniales, puesto que en Chile desde 1999 con la dictación de la Ley 19.585 se deja atrás la

²³ SENTENCIA Nº C-2436-2012 DE 3º JUZGADO CIVIL DE VIÑA DEL MAR, DE 04 DE FEBRERO DE 2015.

discriminación que afectaba a los hijos nacidos fuera del matrimonio, otorgándoles el mismo carácter y mismos derechos, simplemente hijos).

Respecto a los derechos de la Seguridad Social, también reconocen a la persona conviviente como titular, así, el subsidio por fallecimiento en caso de sismo o catástrofe del Art. M ley 16.282 otorga subsidio mensual a la familia de las personas fallecidas a causa del sismo o catástrofe, (se considera miembro de la familia al conviviente).

En el evento de negar categóricamente algún derecho sobre la cuenta individual al conviviente, el juez estará aplicando estrictamente la Ley y de paso convertirá los fondos en parte de la masa hereditaria del causante, desvinculándolo por completo de la institución de la Seguridad Social, y su fin de protección de la comunidad y bienestar social.

Respecto a la segunda interrogante, debemos centrarnos en como acogerá la entidad aseguradora al o la conviviente que quisiese hacer efectivo el cobro de los fondos que el titular tenga acumulado en su cuenta individual, a la fecha del deceso.

La superintendencia de AFP emitió una circular donde se expresa lo siguiente: *“Para solicitar el retiro de los fondos de la Cuenta Individual por Cesantía de un trabajador fallecido, **el o los beneficiarios** deberán suscribir en alguno de los Centros de Atención de Afiliados de la Sociedad Administradora, el formulario N° 2 del Anexo N° 1 de esta Circular. **Se deberá acreditar la identidad del o los solicitantes** y acompañar el certificado de defunción del trabajador y los documentos que correspondan, según la calidad que tengan el o los beneficiarios y de acuerdo a lo indicado en los números 1º, 2º o 3º precedentes, según corresponda”.*²⁴

En la circular mencionada, hace hincapié a la figura del “beneficiario” y al hecho de “acreditar la identidad”, entonces, debemos entender que un(a) conviviente, no cumple con el requisito de beneficiario(a), puesto que no conforma la lista establecida por ley y que en esta misma circular se hace referencia y se señala como tal a:

²⁴ SUPERINTENDENCIA DE AFP, circular N° 1418, entra en vigencia en 03 Julio del 2007.

1) A la o las personas que el trabajador haya designado como beneficiarios (s) en forma expresa y por escrito ante la Sociedad Administradora.

2) Si el trabajador no ha efectuado ninguna designación: el pago se efectuará en el siguiente orden de prelación: a) al cónyuge; b) A falta de cónyuge, a los hijos de filiación matrimonial y/o no matrimonial, y c) A falta de las personas señaladas en las letras a) y b) a los padres de filiación matrimonial o no matrimonial del fallecido.

3) A falta de, expresión de voluntad del trabajador, de cónyuge, de hijos o de padres, el valor total de los fondos se pagará a sus herederos, previa presentación de la Resolución emanada del Servicio de Registro Civil e Identificación, o del auto de posesión efectiva de la herencia, debidamente inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, cualquiera sea el valor de los fondos registrados en la Cuenta Individual por Cesantía, a la fecha de fallecimiento del trabajador.

En Chile son herederos, las personas a las que, de acuerdo a la ley, les corresponde suceder al difunto cuando éste no dispuso válidamente de sus bienes en vida. Son llamados a la sucesión intestada las siguientes personas, en este orden:²⁵

- **Primer orden:** los hijos y el cónyuge que lo sobrevive (marido o mujer). En el caso de haber fallecido algún hijo del testador, heredan en su lugar los hijos de éste, es decir, los nietos del fallecido.
- **Segundo orden:** si no tiene descendientes, heredan los padres u otros ascendientes más próximos y el cónyuge que lo sobrevive. En caso de faltar el padre, la madre y el cónyuge sobreviviente, son herederos los abuelos que estén vivos. En caso de estar fallecidos todos los abuelos, son herederos los bisabuelos vivos.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, "Posesión efectiva sin testamento", [en línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/posesion-efectiva-sin-testamento>

- **Tercer orden:** si faltan los anteriores, heredan los hermanos, sean por parte de padre y madre, o sólo de uno de ellos. En caso de estar fallecido alguno de los hermanos, heredan en su lugar los hijos de ese hermano fallecido, es decir, los sobrinos del causante.
- **Cuarto orden:** en caso de faltar todos los anteriores, heredan los colaterales más próximos, es decir, los parientes consanguíneos que, descendiendo de un tronco común, no son ascendientes ni descendientes del causante. En primer lugar están los tíos. En caso de no existir ningún tío vivo, heredan los primos de la persona fallecida.
- **Quinto orden:** A falta de todos los herederos abintestato señalados, sucederá el Fisco.

La ley no reconoce como heredero al conviviente del causante (sin unión matrimonial), aunque hayan vivido por mucho tiempo juntos y hayan sido reconocidos como pareja por sus amigos y vecinos.

Atendido a lo expresado por tal resolución y complementado por lo señalado por ley respecto a los herederos del causante, no existe forma en que al presentarse el o la conviviente la Administradora del Fondo de Cesantía le efectúe algún tipo de pago.

CONCLUSIONES:

La primera respuesta que la presente investigación viene a darnos es la que respecta a la situación del nuevo estado civil de convivientes establecido por la Ley 20.830, y que mediante el art. N°17 establece que: *“Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente”*, por otra parte como ya se ha señalado, la Superintendencia de Pensiones, mediante la norma de carácter general N°25 del presente año incorpora entre los beneficiarios para el cobro la figura del conviviente (el referente al nuevo estado civil), en el mismo lugar en el orden de prelación para el cobro, que al cónyuge, entonces, no existe impedimento para que este concorra de la misma manera que un cónyuge ante la AFC para exigir el pago de los fondos que el titular hubiese acumulado en su cuenta individual de cesantía.

La segunda respuesta que podemos dar es la referente al caso de convivencia informal, donde la relación de convivencia no la sustenta un vínculo jurídico (unión de hecho pura), es que la Seguridad Social, en lo que respecta al cobro del seguro de cesantía ante el fallecimiento del titular y en el caso que este no hubiese designado a un beneficiario, no otorga protección y mucho menos existe algún mecanismo que permita al “conviviente de hecho” presentarse ante la AFC para exigir el cobro de lo que el titular acumuló en su cuenta individual de cesantía, además no existe hasta ahora un mecanismo para que este recurra ante la justicia ordinaria para hacer valer derecho alguno (no existe tal derecho, no al menos de carácter legal).

Una tercera conclusión que podemos señalar es que en el evento en que de esa relación informal hubiesen nacido hijos, podrá el conviviente sobreviviente presentarse ante la AFC, para exigir el pago de lo acumulado en la ya mencionada cuenta, pero no como beneficiaria, sino como representante legal de los hijos, si estos fuesen menores de edad. Se mantiene la tendencia de la Seguridad social y normas de carácter previsional de reconocer indirectamente al conviviente, siempre vinculado a la condición de que de esa convivencia hayan nacido hijos.

Habrá que esperar que en el futuro se presenten situaciones como las que se han propuesto en la presente investigación, para ver de qué manera se ha de pronunciar la justicia, o bien, las normas

que regulan dicho seguro se manifiesten llenando ese vacío y reconozcan de manera formal la convivencia de hecho o se establezca un mecanismo efectivo de información para quienes tengan o hayan de tener la calidad de titulares respecto a la designación de beneficiarios del seguro ante la posibilidad de fallecimiento.

BIBLIOGRAFÍA:

- Ley 19.728
- Ley 20.830
- Constitución Política del Estado
- EDUARDO COURT MURASSO, Curso de Derecho de Familia; matrimonio- regímenes matrimoniales-uniones de hecho, 2009.
- JAVIER BARRIENTOS GRANDON Y ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR, Nuevo Derecho matrimonial Chileno.
- HECTOR HUMERES NOGUER, Derecho del trabajo y seguridad social. Tomo III (Editorial jurídica de Chile, 2010).
- Revista de estudios constitucionales, Universidad de Talca n°2-212.
- GUILLERMO ARTHUR ERRÁZURIZ, Régimen Legal Del Nuevo Sistema De Pensiones, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- El seguro de desempleo, Ediciones Técnicas Laborales Ltda, Lexis Nexis.
- DANIEL NADAL SERRI, Ley del seguro de desempleo. En: El Seguro de Desempleo.
- HUGO CIFUENTES LILLO Seguridad social parte general y pensiones,
- Biblioteca Del Congreso Nacional, "Posesión efectiva sin testamento"
- Superintendencia De AFP, circular N° 1418, 2007.
- Instituto Nacional De Estadísticas, *XVII Censo Nacional de población y VI de vivienda*, 2002.
- Sentencia N° C-2436-2012 de 3° Juzgado Civil de Viña Del Mar, De 04 de febrero de 2015.
- Superintendencia De Pensiones, Norma de carácter general N°25, 2015.
- Seguro de Cesantía, informe mensual, Superintendencia de Seguros. 2015
- Ministerio De Desarrollo Social, *El seguro de desempleo*, Programa para la superación de la pobreza de las Naciones Unidas. Joseph Ramos, Carlos Acero. 2010.

- Ministerio De Desarrollo Social, *Las nuevas políticas de protección social en perspectiva histórica*: Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo-Chile, Osvaldo Larrañaga. 2014.