

Los agradecimientos y reconocimientos previos

Integrantes de la mesa

Presidente ,,,,

Vicepresidente

Secretario ...

Por su intermedio a todos ellos

LA CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL Y LA TITULARIDAD DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL DERECHO CHILENO

La seguridad social en cuanto a pensiones se estructura en Chile, en su régimen general y previsional, sobre la base de la capitalización individual, que ya cumplió 40 años desde la entrada en vigencia del Decreto Ley 3.500 (DL) que lo estableció en mayo 1980 dictado con anterioridad al texto de carta constitucional actual y cuya vigencia plena se dio desde

mayo de 1981, al cual se encuentran afiliados 12 mill. de personas aprox, de una población de 19 mill. aprox en la actualidad.

En esta conferencia intentaré presentar cómo se relacionan, el derecho de propiedad con el derecho de la seguridad social, concretamente en el caso de la pensión.

La cuestión es: ¿Es posible la relación entre propiedad de los fondos previsionales en el patrimonio del afiliado con el exclusivo destino pensional?

Para, describir, analizar y efectuar consideraciones sobre estos aspectos de trascendencia en relación con la seguridad social, comentaremos la normativa pertinente, fallos del Tribunal Constitucional (TC) y de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), cuyo parecer ha sido requerido en diversas oportunidades sobre estas materias, señalando alcances en determinados aspectos, y, por cierto, consideraremos los pronunciamientos de la doctrina nacional.

1. - Régimen general por capitalización individual. Evolución y aspectos claves.

Desde principios de la década de los ochenta del siglo pasado la cobertura de las prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivencia se estructura, para la generalidad de los afiliados y sus familias, sobre la base de la capitalización individual a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sin perjuicio de que subsisten los regímenes de reparto para los imponentes que optaron (o pudieron) por no cambiarse al (aún llamado) “nuevo sistema de pensiones”, constituyéndose éste en el pilar contributivo del modelo, de carácter contributivo.

Algunas características del régimen de capitalización

individual: es general para toda la población, salvo las excepciones referidas a Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad y los regímenes de reparto en extinción; la gestión es privada a cargo de AFP, las que están sujetas al control del Estado a través de la Superintendencia de Pensiones (SP); los afiliados obligados cuentan con una serie de opciones en que pueden ejercer su libertad: elección de AFP (salvo, actualmente, al iniciar su primera relación laboral o su afiliación voluntaria u obligatoria de ciertos trabajadores independientes), elegir fondos en que se inviertan sus cotizaciones, definir modalidad de pensiones, entre otras varias opciones. En estos últimos aspectos, el grado de conocimiento e información con que

cuenten los afiliados se convierte en cuestión central y es una de las varias debilidades del modelo, que han influido indirectamente en las bajas pensiones que se generan, así como con la deslegitimidad del modelo.

Los trabajadores automáticamente afiliados son los hombres menores de 65 años, y mujeres menores de 60 años, que son las edades legales de pensión. Por su parte, la afiliación de los independientes es obligatoria, respecto de aquellos contribuyentes sujetos al régimen tributario que exige emitir boletas (facturas) de honorarios, por ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa, como el ejercicio del derecho.

Los tipos de pensión de vejez son: por edad, anticipada común y anticipada por el desempeño de "trabajos pesados o penosos". Acceden a pensiones de invalidez, los afiliados no pensionados y sin cumplir la edad para hacerlo por vejez, que sufran un menoscabo permanente en su capacidad de trabajo a consecuencia de una enfermedad o accidente sobre cierto grado o porcentaje de ella. En tanto, tienen derecho a pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del afiliado fallecido, cotizante o pensionado. Por último, se contempla una cuota mortuoria, consistente en un beneficio pecuniario del retiro de una suma equivalente a

15 Unidades de Fomento (US\$600, aprox.), de la cuenta individual de afiliado, pagadera a quien, , acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral.

Se contemplan asimismo diversas modalidades de pensión, siendo las principales, el retiro programado y la renta vitalicia inmediata, caso este último en que se efectúa una transferencia de los fondos de pensiones del que se es titular.

Las AFP, como encargadas de la administración, recaudan las cotizaciones, invierten los recursos, otorgan pensiones o traspasan el todo o la parte del saldo de la cuenta individual a una compañía de seguros, por renta vitalicia, etc. Como administradoras tienen derecho a una retribución, establecida libremente, en base a comisiones que son de cargo de los afiliados y conforme a regulaciones determinadas por la Superintendencia de Pensiones.

El patrimonio de las AFP es distinto y separado de los Fondos de Pensiones. Cada AFP debe contar con un encaje, correspondiente al 1% del valor de cada Fondo, constituido con recursos propios , con lo cual se busca, entre otros efectos, alinear sus intereses con el de los afiliados.

Se permite efectuar cotizaciones voluntarias asociadas a pensión, que pueden ser de naturaleza previsional o de libre disposición: Cuenta de Ahorro Voluntario (Cuenta Dos), Depósitos Convenidos, Ahorro Previsional Voluntario Individual (APVI) y Ahorro Previsional Voluntario Colectivo (APVC). Constituyendo estos el pilar contributivo voluntario del sistema de pensiones.

El primer pilar "básico", con que el Estado asegura prestaciones mínimas (acercándose a la cobertura económica al nivel de la pobreza, US\$ 225 per cápita) y también complementarias a las pensiones contributivas de capitalización que se encuentren bajo un determinado umbral.

Para fines de 2020, la población de adultos mayores de 60 años, alcanza en el país a 3.155.000 aproximadamente. De ellos 88% tiene pensión, 588.284 con PBS y 1.894.584 con pensiones contributivas, con/sin APS, más 295.358 por pensiones de vejez en los antiguos regímenes de reparto.

2.- Titularidad de los saldos en las cuentas individuales.

El sistema de pensiones por capitalización individual, marca una profunda diferencia con el sistema previsional preexistente, aún en proceso de extinción. No sólo se cambió la estructura de administración de los seguros sociales de pensiones, mediante la introducción de un régimen integrado por entes privados con ánimo de lucro, sino que también modificó el régimen jurídico aplicable a la titularidad de los fondos previsionales durante el periodo de acumulación o de espera o de carencia.

En este sistema de pensiones, la regla es que son los afiliados quienes aportan a sus cuentas individuales, mediante la cotización que, como sabemos, es un porcentaje de la remuneración del trabajador, que es retenida, declarada y enterada por el empleador respecto de sus dependientes. Hecho lo cual la AFP, luego de registrarla en la correspondiente cuenta individual, las invierte según el fondo de pensión al que lo asigne el afiliado o la Administradora en su defecto, conforme los criterios legales del caso, a fin de obtener las mayores rentabilidades en condiciones de seguridad (En rigor, lo que se acumula en la cuenta son

No hay un fondo común solidario en el cual se depositan todas las cotizaciones, si no que una cuenta individual de cada cotizante, donde se

van registrando los aportes y rentabilidades de las cuales debe responder el administrador, es decir, la AFP de elección.

Respecto de lo anterior, el DL 3.500, tal como ya se ha expresado, ha dispuesto que *cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquéllos*. Esto nos entrega el primer indicio que ha establecido el legislador al respecto, referido a separar nítidamente el derecho de propiedad existente sobre el patrimonio de cada cuenta individual con el patrimonio propio de la AFP, reafirmando el cambio con el sistema anterior, que socializaba las cotizaciones entre los imponentes del seguro respectivo, conforme los criterios de un sistema de reparto, en sus diferentes variantes.

El establecimiento de este mecanismo pensional y su inserción en el ordenamiento jurídico tiene un reconocimiento indirecto en la Constitución Política de la República y, digo indirecto, en cuanto en ella no existe una referencia expresa a un modelo como el vigente.

A analizar ello nos abocaremos a continuación.

3.- Derecho de la seguridad social en la Constitución. Evolución histórica.

Conforme la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 22 y 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XVI), la seguridad social califica como tal, como un derecho humano, por lo tanto, corresponde que sea reconocida y garantizada por las Cartas Fundamentales y, es así como ocurre en la mayoría de los Estados del mundo y en particular de Iberoamérica (al respecto ver estudio de la Oficina Regional OIT, 2020, Sgto., Chile. 7)¹.

Como señala el constitucionalista chileno, H. Nogueira Alcalá la seguridad social *“es ... un derecho fundamental asegurado por la Constitución y por el derecho convencional internacional de derechos humanos, ..., que establece la facultad que le asiste a las personas para que la sociedad provea instituciones e instrumentos mediante los cuales pueda desarrollarse una existencia conforme a la dignidad humana, teniendo presente que la persona humana y su dignidad es el fin y valor supremo de la sociedad y del Estado”* (Nogueira, 2009, p. 452).

¹ Ver OIT Cono Sur: “El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva Constitución.” Guillermo Montt y Alberto Coddou. Informe Técnico 14, de 2020.

Sobre la finalidad de la seguridad social, la referencia a la dignidad del ser humano, es un dato insalvable, al respecto es recomendable la lectura del reciente informe para la OIT regional del Cono Sur, preparado por el Profesor F. Tapia², sobre La dignidad de la persona en la constitución.

Como bien expresa el profesor Emilio Morgado *"los objetivos de la constitucionalización son numerosos y variados. Entre ellos destacan los siguientes:*

a.- agregar una dimensión social a los derechos ya reconocidos y garantizados en las constituciones, principalmente de carácter político y civil;

b.- complementar los derechos reconocidos y garantizados al trabajador en cuanto ciudadano, con los derechos, deberes y garantías que le corresponden en su calidad de trabajador; y me permito complementar:
a toda persona

c.- conferir mayor seguridad y protección a los derechos sociales, dándoles igual rango y jerarquía que los reconocidos de carácter político y civil; y,

² Tapia G. **Consideraciones para una constitución laboral**-. OIT Cono Sur – Informes Técnicos / 16 – 2021, pág. 30 a 36: La dignidad de la persona en la constitución

d.- promover el cambio, al incorporar al texto constitucional normas que- también- expresan los grandes propósitos de la política” (Morgado, 1991, p. 217).

4.- Seguridad social y su proceso de constitucionalización.

A nivel comparado la seguridad social tiene sus primeras concreciones a fines del siglo XIX, desarrollándose su constitucionalización con fuerza durante la primera mitad del siglo XX. (OIT, 2020, p.20). La concreción o regulación básica o primaria de la seguridad social en los ordenamientos jurídicos, ha sido en términos amplios o restringidos, conforme las características de cada Carta Magna.

Las Constituciones chilenas del siglo XIX, se caracterizan por tener descripciones básicas de los elementos que constituyen la actual seguridad social, sin perder de vista que en dicha época esta rama del derecho no conocía un desarrollo relevante ni cercano a lo que hoy entendemos por ella (Humeres, 2011, p,31).

En la segunda década del siglo XX, cuando la idea de previsión social se instala en el país y sus manifestaciones adquieren una expresión institucional, se otorga la Carta de 1925.

La disposición pertinente de dicha Constitución permite un rol fuerte del Estado en la creación, organización, promoción, gestión y regulación. Dicha norma fue reemplazada en 1971 (ley 17.398) que consagra el derecho a la seguridad social de forma manifiesta y definitiva, conforme los criterios de esos tiempos, es decir, de hace 50 años, fecha desde la cual hasta ahora se experimentado cambios no menores, pero que ratifica la afirmación que la seguridad social es una obra del siglo XX, una obra de civilización.

Con la llegada de la dictadura militar (1973), el rol del Estado entra en retroceso. Así, si bien se mantuvo el derecho a la seguridad social, se le asignó al Estado funciones diversas a las previamente consignadas, concentrándolo en su rol de formulador, fiscalizador y garante del sistema, abriendo espacio a un mayor rol de los privados en la gestión, en tanto el principio de subsidiariedad en su visión negativa, restringiendo la acción del Estado, debiendo abstenerse de actividades que pueden ejercer directamente los particulares en forma individual o colectiva.

5.- La seguridad social y la Constitución de 1980.

La CPR actual garantiza el derecho a la seguridad social estableciendo que:

a) el Estado tiene como objetivo garantizar el acceso de todos los habitantes a disfrutar de prestaciones básicas uniformes;

b) las prestaciones pueden ser otorgadas por instituciones públicas o privadas;

c) El legislador puede establecer cotizaciones obligatorias; y,

d) corresponde al mismo el Estado supervigilar su correcto ejercicio.

Como se aprecia, la seguridad social se encuentra escuetamente garantizada, dejando un amplio espacio a la acción de la iniciativa exclusiva del Ejecutivo y la incidencia que en ello logre el legislador. No se indican las prestaciones aseguradas ni los principios que han de orientar el sistema, pero no por ello estimamos corresponda a un texto débil.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde hacer presente que el constituyente de 1980, consagró en forma separada, la garantía de la seguridad social de la referida a la garantía de las acciones de salud,

asegurando el Estado el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, así como de la rehabilitación del individuo (Art. 19 n° 9).

El Tribunal Constitucional (TC) ha dado por sentado que el sistema de seguridad social al ser garantizado en la Constitución, entiende incluidos sus principios básicos: Decir seguridad social es asumir los principios clásicos como propios de ella.

Sobre los regímenes de seguridad social podemos decir: los de salud y enfermedad, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; seguro de acompañamiento de niños y niñas (SANNA), se financian de forma solidaria, con fórmulas financieras de reparto y con gestión pública y privada. En el seguro de cesantía se considera una estructura financiera dual: cuentas individuales y fondo solidario. En pensiones por capitalización individual, en el seguro de cesantía se considera intervención privada en exclusiva en su gestión, la cual se autoriza con fines de lucro, al constituir a los administradores como sociedades anónimas. En salud es posible excluirse del régimen público y optar por la provisión privada. Sólo existe capitalización individual respecto de las pensiones, como fórmula financiera.

En 2008 (Ley 20.255), se establecen pensiones y aportes solidarios de cargo fiscal y gestionadas por una entidad.

A partir de ese año, nuestra seguridad social en pensiones se hace más social.

Entonces las garantías consagradas en la Constitución en materia de seguridad social y salud previsional se caracterizan de la siguiente forma:

- 1.- Normas escuetas, dejan íntegramente la regulación a la ley.
- 2.- Reconocimiento filosófico a la existencia de una seguridad social que incluye administración privada (con fines de lucro), lo que trasunta una inspiración individualista y de trasfondo económico en normas constitucionales.
- 3.- Consagra el carácter de régimen mixto público-privado del sistema, lo que no se da plenamente en la práctica en materia de pensiones previsionales, es decir, en la capitalización individual.
- 4.- El Estado debe garantizar el acceso a todos a prestaciones básicas y uniformes.
- 5.- Las prestaciones pueden establecerse previa exigencia de cotizaciones.

Por otra parte, conforme lo dispone la Constitución, la iniciativa en materia de seguridad social corresponde exclusivamente al Presidente de la República (Art. 62), disposición fundada en mantener una sola línea en la definición del modelo y sus cambios, así como los consecuentes gastos que causan la ampliación o extensión de beneficios y derechos en los regímenes de seguridad social, se trata de cuidar la sostenibilidad fiscal a veces sin cuidar adecuadamente la sostenibilidad social. Existe prohibición constitucional desde 1970 de iniciativa parlamentaria en la materia. Adicionalmente, desde 1980, las leyes que regulan su ejercicio de este derecho deben ser aprobadas por un quórum calificado, (mayoría absoluta parlamentarios en ejercicio) todo ello con el propósito de dar mayor estabilidad a estas normas. Estos aspectos están fuertemente cuestionados, dado el presidencialismo un tanto extremo del sistema político chileno. Lo que se ha presentado a propósito de las reformas constitucionales para autorizar retiros de fondos de las cuentas individuales, en este periodo de pandemia, como veremos.

6.- Constitución y derecho de propiedad y las cuentas individuales.

La CPR, reconoce y regula el derecho de propiedad, (Art. 19 n° 24) garantizando a todos *"el derecho de propiedad en sus diversas especies*

sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Como señala la profesora Vivanco, actual miembro de nuestra C. Suprema, este reconocimiento tiene caracteres de “excelencia que otorga a su titular amplios poderes sobre una cosa, entendida como un derecho natural, por lo que su contravención implica un desconocimiento de la naturaleza del hombre del cual emanan.”

El aseguramiento es de todas las especies de propiedad “que reconozca el legislador” con todos los atributos del dominio o con sólo algunos y ella puede recaer sobre cosas corporales e incorporales, entre las cuales se encuentra la propiedad sobre los fondos de pensiones con condiciones, que analizaremos.

Nuestra Constitución no llegó a decir que la propiedad está al servicio del bien común, como podría esperarse, pero sí reconoce su función social. Las limitaciones a que puede estar afecto el dominio tienen que ver con las restricciones que el legislador establezca, en tanto “ponderador de las necesidades públicas”. Conforme el texto constitucional, se “impide que cualquier otra autoridad imponga limitaciones al dominio, justificando su resolución en la función social”, salvo las relacionadas con los intereses

generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

El cuidado justiciable de la propiedad se asegura a través del Recurso de Protección. Por vía de este instrumento, las personas han recurrido a los tribunales superiores de justicia reclamando en torno a disponibilidad de los fondos previsionales para fines diferentes a los de pensión, como precisaremos.

Con base a lo sintéticamente expuesto, corresponde preguntarse sobre la titularidad de los fondos de pensiones y sus disponibilidad, en las cuentas individual obligatorias.

Diversas normas del DL 3.500 reconocen el derecho de propiedad sobre las cotizaciones efectuadas por los afiliados. En este sentido, de forma breve y de la manera que el Tribunal Constitucional (TC) lo ha expresado (sentencia rol 334-01), podemos señalar:

- (Art, 2º inc. 2º) "La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones ..., que origina los derechos y obligaciones que

la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y **la obligación de cotización**”;

- (Art. 17 inc. 1º) “Los trabajadores afiliados al Sistema, ..., esta(rá)n obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual **el 10% de sus remuneraciones y rentas imponibles.**”;
- (Art. 18) “Cada trabajador podrá efectuar, además, en su cuenta de capitalización individual, cotizaciones voluntarias.”;
- (Art. 22 inc. 2º) “Los excedentes que quedaren en la cuenta individual del afiliado después de contratada su pensión ..., **serán de libre disposición.**”;
- (Art. 33, inc. 1º) “Cada Fondo de Pensiones **es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la AFP, sin que tenga dominio sobre aquellos**”; y,
- (Art. 66, inc. final) “si no quedaren beneficiarios de pensión de sobrevivencia, **el saldo remanente en la CCI del afiliado incrementará la masa de bienes del difunto.**”³

³ Causa Rol 334-01, TC en ejercicio de control preventivo.

Con lo expuesto se reafirma que sobre los fondos de pensiones existe un derecho de propiedad del afiliado.

Ahora bien, **¿qué puede significar tener un derecho de propiedad sobre fondos que, a su vez, han sido persistentemente reconocidos como indisponibles por nuestra magistratura constitucional y judicial?**

7.- Sobre la disponibilidad de los saldos en las CCI y los atributos del dominio.

Durante el último tiempo, afiliados activos o pensionados han intentado por la vía del Recurso de Protección obtener el retiro de sus fondos de pensiones, de manera anticipada o como pensionados por retiro programado y por razones como satisfacer o atender necesidades de salud graves o por deudas hipotecarias. Esta ha buscado ser una solución judicial articulada jurídicamente bajo el argumento de hacer inaplicables por inconstitucionalidad disposiciones sobre la titularidad de los fondos⁴, ya que supuestamente estas normas estarían vulnerando el derecho de propiedad consagrado en la Constitución, el cual también, según el propio TC, alcanza

⁴ Causa rol del TC: 7442-2019, en relación con los artículos 23, 34 y 51 del DL 3.500.

y protege la propiedad que tienen los afiliados sobre sus fondos de pensiones.

Al respecto: ¿qué ha dicho la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia ?

Ha resuelto rechazar al retiro de fondos en situaciones diversas a las reguladas en el DL 3.500, señalando que las normas no "*...posibilita(n) el retiro de los fondos bajo determinadas circunstancias y modalidades, no implica que puedan los tribunales de justicia hacer una aplicación extensiva de tales disposiciones y concluir que se pueda acceder, atendidas las necesidades específicas que enfrentan determinadas personas, al retiro total o parcial de los dineros de una forma distinta a la prevista en el ordenamiento jurídico, toda vez que aquella es una decisión que sólo le compete al legislador, quedando fuera de la órbita de la competencia de la judicatura, ponderar las especiales circunstancias en que se encuentra el actor y ordenar que le entreguen los dineros acumulados en su cuenta de capitalización individual*"⁵.

El alto tribunal, en otro fallo, ha señalado, que "*se ha asentado una línea jurisprudencial consistente, que concluye que el dinero existente en*

⁵ Causa Rol 33.436-2020 del 10.08.2020.

toda cuenta de capitalización individual posee, de manera general, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, un destino único y exclusivo, limitado al otorgamiento de pensiones bajo una de las modalidades que contempla la ley, ...”

En tanto el TC, como se ha venido avanzado en esta presentación, ha desarrollado una Jurisprudencia significativa reforzando el derecho de propiedad de los afiliados respecto de sus cotizaciones pensionales; y, estableciendo indisponibilidad de tales fondos por su particular finalidad, a saber, el generar pensiones. En reiteradas sentencias dispone: *“Que ... frente a las cotizaciones de los trabajadores ... se estaría en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, ...”*.

Para el TC la finalidad especial que tiene este tipo de propiedad del afiliado, es la de pagar pensiones y no otra. Se trata de un “patrimonio de afectación”, con lo cual se hace referencia al destino pensional del saldo en la cuenta (Profesor Rivera)

El T. Constitucional intenta ser muy cuidadoso en constatar la existencia de un estatuto específico de la propiedad que se tiene sobre los fondos de pensiones, clasificando aquel dentro de los diferentes tipos de

propiedad existentes en nuestro ordenamiento jurídico⁶. En ese sentido, la Magistratura se ha preocupado de:

1) reiterar y definir que los afiliados tienen un derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones, por ser cosas incorporales, sobre las cuales se tiene también una especie de derecho de propiedad;

2) establecer que, dentro de los tipos de propiedad existentes en el ordenamiento jurídico chileno, ésta especie de propiedad tiene un estatuto especial, nutrido por los principios y disposiciones del Derecho de la Seguridad Social establecido en la CPR, así como también por la normativa contenida en el DL 3.500, que regula la titularidad, uso, goce y disposición que hay sobre los fondos de pensiones;

3) señalar y reafirmar que, el derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones tiene límites y fines específicos. Entre esos límites está el cumplimiento del mandato derivado de la Constitución y exigido por el Derecho de la Seguridad Social, en relación a que los recursos monetarios acumulados en las cuentas individuales tienen como fin específico e inmutable el pago de las pensiones de las personas. No se trata de un simple o común derecho de propiedad, en relación con el uso, goce y

⁶ Causa rol: 334-01 TC.

disposición, atributos del dominio. Se tiene este, pero sujeto a una finalidad específica, el derecho a pensión propio de las normas de seguridad social, como también cumplir con las restricciones del derecho civil.

De esta forma, los dos altos tribunales, cada uno dentro de la esfera de sus atribuciones, refieren al afiliado la titularidad de los fondos, tanto es así que el empleador, que retiene, no declara y menos entera las cotizaciones de sus trabajadores, se expone a sanciones civiles y penales, por apropiación indebida.

8.- Reformas legales y constitucionales que permiten el retiro fondos por los afiliados, en tiempos de pandemia.

Durante 2020 y en lo transcurrido del año en curso, y como medida para morigerar parte de los dañinos efectos económicos producidos para las familias por la pandemia del coronavirus, el Congreso chileno ha aprobado tres proyectos, dos de reforma constitucional y uno de rango legal (este originado en iniciativa del Presidente de la República), cuya normativa ha otorgado a cada afiliado la opción de retirar, de forma excepcional, hasta un 10% de sus fondos de su cuenta individual⁷. Para obrar de esta forma, el Congreso en las dos reformas constitucionales actuó como "constituyente

⁷ Ley 21.248 del 30.07.2020.

delegado”⁸, con lo cual se abstuvo de esperar una propuesta de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, como indica el mismo texto constitucional.

En el sentido indicado, tanto las acciones judiciales intentadas, ya comentadas, como las reformas que autorizan el retiro del 10% de los fondos de pensiones han puesto sobre la mesa una discusión sobre el régimen jurídico aplicable para los recursos previsionales para pensiones.

Este debate se ha balanceado en tres puntos, el primero de ellos respecto del estatuto de propiedad que rige a los fondos de pensiones, ya visto, la segunda se centra en la disponibilidad que tienen los afiliados sobre los fondos de pensiones y, tercero, el mecanismo legislativo pertinente para darle curso.

Sin duda, respecto de los retiros del 10%, hay una vulneración al Derecho de la Seguridad Social y a la condicionalidad de la disposición de los fondos, pero ello se efectúa por una modificación realizada por el constituyente derivado, de manera excepcional, que permite a éstos hacer uso de sus fondos para fines distintos a lo mandado por la Constitución y regulado por el DL 3.500.

⁸ Art. 127 y siguientes de la Constitución.

Con estas normas excepcionales, una parte de los fondos cotizados más su rentabilidad dejan de estar disponibles para el pago de pensiones. Todo ello, efectuado por una norma de rango constitucional que, excepcionalmente, puede desnaturalizar la finalidad específica que se tiene sobre este derecho de propiedad asociado a pensiones, lo que sin duda resulta objetable desde la seguridad social.

Esta destinación esta fuera del ámbito previsional, para atender necesidades de rentas sustitutivas ante una crisis socioeconómica generada por la pandemia, que entendemos como una medida de protección social, más que de seguridad social en sentido estricto. Dados los términos en que se aprobaron los retiros de fondos, permite que quienes no requieran la prestación por necesidad para atender esta contingencia social de falta o suspensión de empleo en tiempos determinados por la pandemia, puedan igualmente efectuar los retiros, lo que no constituirá una prestación de protección social y mucho menos de seguridad social, aunque sea inembargable (salvo para pensiones alimenticias adeudadas), teniendo de todas formas el carácter de personalísimo, con financiamiento proveniente de cotizaciones, y gestionado, calificado, otorgado y controlado por entidades de seguridad social.

Esta situación excepcional para enfrentar las necesidades sociales del estado constitucional de catástrofe, causa efectos tales como:

- Disminución de la cuantía de la pensión futura de quienes, siendo afiliados al sistema, aún se encuentran en edad de cotizar, principalmente la población más joven, así como un posterior recálculo de las anualidades de los retiros programados de aquellos pensionados en esa modalidad, que efectúen el retiro de todo o parte del 10%.
- Menor ingreso a las arcas fiscales en cuanto el monto retirado no puede ser objeto de "retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa", salvo el caso de las deudas por obligaciones alimentarias.
- - Impacto en el gasto fiscal en aportes previsionales solidarios.
- Indirectamente sus efectos se apreciarán en el ámbito de la reforma previsional en debate, puesto que deberá considerarse en la discusión de los impactos en las futuras y actuales pensiones por retiro programado.

4.- CONCLUYENDO

- a) La seguridad social es un derecho humano garantizado, lo que en concreto es reconocido en la Constituciones chilenas.
- b) La Constitución actual contiene una consagración escueta, pero no restrictiva de la seguridad social, en esta línea el T. Constitucional ha resuelto que la seguridad social en nuestra CPR está dotada del contenido y principios que se le atribuye por los tratados internacionales, el derecho comparado y la doctrina. Siendo el principio de la subsidiariedad, en un sentido restrictivo para el actuar del Estado, una limitación para la adecuada concreción de los principios propios de la seguridad social, en especial de la solidaridad. Conviene señalar que ninguno de los dos principios antes mencionados se encuentra señalados expresamente en la Carta Magna.
- c) Por consiguiente, son posibles reformas estructurales sin conflictos de constitucionalidad, por ejemplo, en pensiones. Ello explica que existan proyectos de reestructuración profunda del régimen de capitalización individual sin que esté en cuestión su constitucionalidad, con excepción a la titularidad de los saldos en las cuentas individuales.

- d) Respecto de la titularidad de los fondos de pensiones, sin perjuicio que los afiliados tienen la propiedad condicionada en relación con algunos de los atributos del dominio -propiedad modal-, la jurisprudencia de la CS y del TC, han afirmado el carácter de esas cuentas en el sentido indicado.
- e) La jurisprudencia de las altas Magistraturas es consistente en atribuirle al afiliado la titularidad de los fondos, sin perjuicio de que la disponibilidad de ellos, para fines no previsionales, sólo se presenta en dos situaciones, ambas al momento de pensionarse o fallecer el afiliado: excedentes de libre disposición y herencias, tal como lo regula el DL 3.500 y hace poco (menos de un año), también las disposiciones de fondos en caso de enfermos terminales.
- f) Como se ha desarrollado en el cuerpo de este estudio, la jurisprudencia de nuestros Tribunales relaciona el derecho de propiedad sobre las cotizaciones y fondos en las cuentas con el derecho a la seguridad social, estableciendo las reglas de su armonización. Lo anterior no impide al Ejecutivo y Legislativo avanzar en destinar a fines diferentes (con opción del afiliado), entre ellos, atender situaciones de salud catastróficas, así como las consecuencias

de la pandemia. Lo que de todas formas nos parece muy discutible desde una perspectiva del derecho de la seguridad social. Atendida los requisitos de dictación de leyes de seguridad social o que inciden en ella, es decir, iniciativa exclusiva del Presidente de la República y quorum calificado de aprobación, se requieren de importantes acuerdos para modificaciones profundas a los regímenes de seguridad social, por cuanto le es imposible al legislador iniciar modificaciones al régimen de capitalización individual de pensiones, que varíen el destino de los recursos previsionales por iniciativa legal al menos los ya los aportes ya efectuado. Exceso de presidencialismo que impactará en la futura redacción de la nueva Constitución.

g) Demostración de lo anterior son las reformas constitucionales, que pudo iniciar el legislativo, como constituyente delegado, ante falta de iniciativa del Ejecutivo para variar el destino de los fondos de pensiones, con libertad de opción del afiliado, que es lo que ha ocurrido con los retiros del 10%.

h) Finalmente, cambiar el destino de los fondos de pensiones a otro, no sólo es alejarse del sentido de la seguridad social, sino abandonarla

para ubicar el uso de esos recursos en el amplio campo de la protección social, recurriendo a las entidades de seguridad social.

- i) Cuestión de fondo es el necesario debate sobre una reforma estructural del régimen, por la vía de avanzar a uno de carácter mixto en lo financiero y en la gestión, lo que forma parte del actual debate parlamentario y que seguro esta presente en las discusiones de la convención constituyente que se instalará en el país, en junio venidero.

Muchas gracias.

28.05.2021