

DERECHO DE PROPIEDAD Y FONDOS DE PENSIONES: UNA DISCUSIÓN ARTIFICIAL Y CONTRAPRODUCENTE

- Se ha solicitado al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre una supuesta arbitrariedad por parte de las AFP al negar a los jubilados la entrega de la totalidad de los fondos que tienen acumulados en sus cuentas individuales, lo que atentaría contra el derecho de propiedad que está garantizado en la Constitución.
- Esta polémica resulta artificial ya que es la propia Constitución Política de la República la que permite que por ley se pueda limitar el derecho de propiedad, tal como actualmente lo hace la ley que rige nuestro sistema de pensiones. De lo contrario, cabe preguntarse ¿para qué el Estado nos obliga a ahorrar para nuestra vejez, si después podemos destinar esos fondos a otros fines?
- La reciente experiencia en Perú deja de manifiesto que al permitir el retiro de sus ahorros para la vejez, las personas los destinan a otros fines, abriéndose la interrogante sobre cómo financiarán sus necesidades futuras.

Nuestro sistema de pensiones, respecto del cual se tramita una relevante reforma en el Congreso Nacionalⁱ, ha vuelto a estar en el centro de la opinión pública. A diferencia de los últimos meses, en que el debate se ha centrado en la discusión de la reforma legal que se está desarrollando en el Congresoⁱⁱ, esta vez la discusión se ha radicado en sede judicial.

Al efecto, desde hace unos meses distintos afiliados al sistema de pensiones han recurrido -a través de la interposición de recursos de protección- a distintas Cortes de Apelaciones de nuestro país con el propósito de retirar sus ahorros acumulados en sus cuentas de capitalización individual. Los requirentes, impulsados por las recomendaciones efectuadas por el movimiento “No + AFP”, han argumentado que la negativa de las Administradoras de Fondos de Pensión (AFP) de entregarle la totalidad de sus fondos previsionales es de carácter arbitrario y que atenta contra su derecho de propiedad garantizado por la Constitución Política de la República (Constitución) en su artículo 19 N° 24. En concreto, los requirentes han esgrimido que dicha negativa es contraria a la Carta Fundamental, dado que impide al dueño

del derecho (los afiliados) de gozar de todas las facultades que le otorga el dominio, en particular, la facultad de disposiciónⁱⁱⁱ. Es decir, si los fondos acumulados son de propiedad del afiliado, entonces ¿por qué no me dejan retirar todos o buena parte de los fondos una vez jubilado?

En general, las Cortes de Apelaciones que han conocido de estos recursos de protección han optado por no admitirlos a tramitación o rechazarlos. Sin embargo, la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta^{iv} -a la cual se sumó recientemente la Corte de Apelaciones de Punta Arenas^v- de elevar un requerimiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional (TC) para que éste determine si es o no aplicable el Decreto Ley 3.500^{vi} (DL 3500) y suspender la tramitación del recurso, resulta alarmante e inconveniente. Esto, no sólo en el marco de la actual discusión relativa a la tramitación de la Reforma de Pensiones, que precisamente lo que busca es mejorar las pensiones de las personas -por lo cual la eventual posibilidad de poder retirar los fondos acumulados tendrá el efecto contrario-, sino porque constituye una interpretación a lo menos poco armónica de nuestro marco jurídico constitucional y legal vigente.

LA INEXPLICABLE DECISIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

En primer lugar, la Corte -además de ignorar la extemporaneidad^{vii} de la acción de la parte requirente- desconoce de manera inexplicable el sentido y alcance del recurso de protección. A saber, estamos frente a un recurso^{viii} que es de naturaleza cautelar especial y limitada toda vez que se trata de una herramienta de emergencia establecida para asegurar el respeto y vigencia de derechos fundamentales, entre los que, por cierto, se encuentra el derecho de propiedad. Nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, condiciona la procedencia del referido recurso al cumplimiento de ciertos requisitos (por ejemplo, a la existencia de un derecho indubitado y la necesidad de que se trata de un acto arbitrario o ilegal). En esta causa no se cumplen estos requisitos, siendo evidente que se trata de una controversia artificial y alejada del espíritu y letra de la regulación sobre el recurso de protección.

En segundo lugar, la parte requirente se equivoca al afirmar la existencia de una garantía constitucional (derecho de propiedad) supuestamente afectada. Al respecto, es conveniente traer a colación el detalle de diversos preceptos constitucionales y legales que permiten justificar la limitación del derecho de propiedad, en cuanto a que ésta sí le permite establecer limitaciones al derecho de propiedad siempre que sea por ley. Así, por una parte, la Constitución -en el mismo

artículo 19 N° 24- establece que sólo la ley podrá establecer el modo de disponer de la propiedad, sus limitaciones y las obligaciones que deriven de su función social. En el mismo sentido, el Código Civil^{ix} establece que el dominio está limitado por lo que establezcan las leyes o el derecho ajeno. A mayor abundamiento, en el mismo DL 3.500 se pueden encontrar diversos artículos que imponen no sólo restricciones a la facultad de dominio que los afiliados tienen respecto de sus fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual, sino que también restringe el ámbito de acción de las AFP^x.

Siendo estas limitaciones válidas y habiendo sido reconocidas previamente por el TC sin que exista una contradicción con el derecho de propiedad, no podríamos estar frente a una actuación caprichosa ilegal o arbitraria de las AFP^{xi}, en razón de que las Administradoras se rigen por el marco jurídico vigente y, en consecuencia, están obligadas a cumplir la totalidad de las disposiciones legales, reglamentarias y demás normativas que regulan su funcionamiento. De no hacerlo, se verían expuestas a las sanciones que el regulador (Superintendencia de Pensiones) debiera aplicar en una de sus facultades.

EL CASO PERUANO: UNA POLÍTICA PÚBLICA INCONVENIENTE

Más allá de la discusión legal y pública que artificialmente se ha tratado de instalar por parte de quienes siempre han estado en contra de un sistema de pensiones basado en el ahorro personal, la creatividad parlamentaria no se dejó esperar. En efecto, a los pocos días de hacerse pública la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, un grupo de diputados presentó una indicación que buscaba autorizar el retiro -por única vez- de parte o la totalidad de los fondos con el único objetivo de pagar el saldo insoluto de un crédito hipotecario. Dicha indicación, gracias al buen criterio de la Comisión de Hacienda de la Cámara, no prosperó ya que fue declarada inadmisibles^{xii}.

De inmediato surge la duda, ¿para qué el Estado nos obliga a ahorrar para nuestra vejez si finalmente podemos destinar esos ahorros a otros fines?

La experiencia más reciente con un caso similar es el de Perú. El año 1992, dicho país introduce un sistema de pensiones basado en un sistema de capitalización individual, similar al que existe en Chile. Sin embargo, desde el año 2016 la ley permite el retiro de hasta un 95,5% del total del fondo acumulado cuando se cumple la edad de jubilación fijada en 65 años.

Una evaluación realizada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) muestra que luego de dos años de hacerse efectivo el retiro del 95,5% del fondo, el 92% de los trabajadores con fondos entre los US\$ 6 y 20 mil habían retirado el total de sus recursos disponibles. Los datos muestran que el 13% de éstos habían consumido la totalidad de su fondo, mientras que apenas el 9% había realizado inversiones. Los recursos se han gastado mayoritariamente en el pago de deudas, luego en gastos en vivienda y finalmente en el tratamiento de enfermedades. Queda la interrogante de cómo esta reforma impactará finalmente en los nuevos jubilados y en sus familias, al disponer ahora de menos fondos para financiar la vida de los años que les quedan por delante.

REFLEXIONES FINALES

La estrategia de la Coordinadora “No + AFP” es deshonesta pues su voluntad declarada no se condice con su voluntad real. Su objetivo no es más que socavar los fundamentos del sistema de pensiones, promoviendo el reemplazo de un sistema basado en la capitalización individual (y de la propiedad de los afiliados respecto de sus fondos) por uno de reparto (insostenible desde el punto de vista fiscal por la presión demográfica, como han afirmado en reiteradas ocasiones prestigiosos economistas). Asimismo, de concretarse el escenario más plausible -que el TC rechace el requerimiento de inaplicabilidad-, sus impulsores criticarán no sólo la decisión de dicho tribunal, sino que también su existencia.

En suma, es lamentable constatar que la discusión política continúe centrada en discusiones artificiales o en elementos secundarios. Es de esperar que, con independencia de lo que suceda en el TC, la discusión en el Congreso Nacional se centre en cómo mejorar de manera sostenible las pensiones de los actuales y futuros pensionados. Para ello, en definitiva, se debe hablar de las variables esenciales que determinan las pensiones que se pagarán: edad de jubilación, tasa de cotización y regulación del mercado laboral.

ⁱ “Mejora pensiones del sistema de pensiones solidarias y del sistema de pensiones de capitalización individual, crea nuevos beneficios de pensión para la clase media y las mujeres, crea un subsidio y seguro de dependencia, e introduce modificaciones en los cuerpos legales que indica” (Boletín N° 12.212-13).

ⁱⁱ Para mayor información, ver Temas Públicos N° 1410, 1406, 1381 y 1375.

ⁱⁱⁱ En doctrina se suele distinguir entre las facultades de usar, gozar y disponer. El profesor Cristián Boetsch afirma que la facultad de disposición significa que “el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y

arbitrariamente (no siendo contra la ley o el derecho ajeno)". En el mismo sentido, Boetsch afirma que las manifestaciones de esta facultad son disponer tanto material como jurídicamente de la cosa.

^{iv} Al conocer la causa caratulada "Ojeda con AFP Cuprum". Rol: Protección-2797-2019.

^v Recurso de protección ingresado a tramitación el 23 de agosto de 2019. (Rol Nº775-2019, Corte de Apelaciones de Punta Arenas). Con fecha 2 de octubre de este año, la referida Corte de Apelaciones, previo a resolver el recurso de protección, elevó un requerimiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, según lo dispuesto por el Nº 3 del artículo 96 de la Constitución Política de la República para determinar si el DL 3.500 es aplicable.

^{vi} Decreto Ley que "Establece nuevo sistema de pensiones" (1980).

^{vii} Extemporáneo porque el Auto acordado que regula al recurso de protección dispone que se tiene que interponer dentro del plazo fatal de 30 días corridos desde la ejecución del acto arbitrario o ilegal o desde que se haya tenido noticias o conocimiento de los mismos. En este caso, la recurrente tuvo conocimiento de los hechos que denuncia desde que entró a regir el DL 3500. Además, el artículo 8 del Código Civil dispone que "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después de que ésta haya entrado en vigencia".

^{viii} Que no es en estricto rigor un recurso porque no impugna ninguna resolución judicial. Su regulación se encuentra fundamentalmente en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

^{ix} Inciso primero del artículo 582: "El dominio es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley contra derecho ajeno".

^x Por ejemplo: (i) En el artículo 23 se establece que "Las Administradoras, sus Directores y dependientes, no podrán ofrecer u otorgar a los afiliados o beneficiarios bajo ninguna circunstancia, otras pensiones, prestaciones o beneficios que los señalados en la ley, ya sea en forma directa o indirecta, ni aun a título gratuito o de cualquier otro modo."; (ii) En el artículo 33 se establece que "Cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administración, sin que ésta tenga dominio sobre ellos".

^{xi} Las AFP, por regla general, no pueden devolver a los afiliados los fondos destinados a las cuentas de capitalización individual (Pilar Contributivo) de una forma diferente a la que establece el DL 3500. En el Pilar Voluntario ("Cuenta 2" o "APV"), por el contrario, los afiliados sí están habilitados para recuperar sus ahorros (incluyendo las utilidades eventualmente obtenidas) en cualquier momento, con las restricciones que se impongan al efecto.

^{xii} Por ser contraria a la Constitución Política. El artículo 65 N° 6 establece que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República las iniciativas legales que tengan por objeto "Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como privado". Asimismo, la aprobación de la indicación hubiese implicado gasto público, siendo tales materias de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Declaración de inadmisibilidad: 9 de octubre de 2019.