

LA PROPIEDAD DE LAS COTIZACIONES PREVISIONALES EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL

(Informe preparado para la senadora Yasna Provoste Campillay por el abogado Luis Eduardo Thayer Morel. Octubre 2023)

I. ANTECEDENTES

El proyecto de nueva constitución “concibe” un derecho de propiedad muy “sui generis” en materia de cotizaciones previsionales. Por lo mismo, muy excepcional al derecho de propiedad que, en general, el mismo proyecto constitucional define.

Veamos qué dice la propuesta y cuáles son las diferencias esenciales que, en materia de derecho de propiedad, se asegura a todas las personas en el proyecto del Consejo Constitucional:

1. **Derecho de propiedad, en general. Artículo 16 N° 35.** En lo pertinente¹, el proyecto -al igual que la Constitución vigente- asegura

¹ Artículo 16 N°34. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

a) Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental.

b) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

c) La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

a todas las personas **el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.**

Agregando, en lo que nos interesa, las siguientes características:

- a) Que **"solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella** y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social" señalando que dicha función social "comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental".
- b) Que **"nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad,** del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador".
- c) Que "el expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios" y **"tendrá siempre derecho a indemnización** por el daño patrimonial efectivamente causado" (...) "la que se pagará en dinero efectivo, al contado y **en forma previa a la toma material del bien expropiado"**.

- 2. **Propiedad de cotizaciones previsionales. Artículo 16 N° 28, letra b).** El texto propuesto por el Consejo Constitucional en las letras a), c) y d) del artículo 16 N° 28 define el derecho a la Seguridad Social² en

² El derecho a la seguridad social.

- a) El Estado garantiza el acceso a prestaciones básicas y uniformes, establecidas por la ley, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, resguardando a las personas de las contingencias de vejez, discapacidad, muerte, enfermedad, embarazo, maternidad, paternidad, cesantía, accidentes y enfermedades laborales, sin perjuicio del establecimiento de otras contingencias o circunstancias fijadas en la ley. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

su amplio espectro y en la forma de regularlo. No obstante, en su letra b) se ocupa de un aspecto muy específico referido sólo a la propiedad de las **cotizaciones previsionales para la vejez**. Y es este aspecto el que interesa para el presente informe, ya que afecta de manera directa un debate que lleva muchos años sobre el sistema de pensiones de las personas cuando llegan a la edad de jubilar. Veamos, entonces, los siguientes elementos que se destacan sobre la propiedad de las cotizaciones:

- a. Que "cada persona tendrá **propiedad sobre sus cotizaciones previsionales** para la vejez y los ahorros generados por éstas";
- b. Que, también, "**tendrá el derecho a elegir libremente** la institución, estatal o privada, que los administre e invierta", y
- c. Que, "**en ningún caso podrán ser expropiados o apropiados por el Estado** a través de mecanismo alguno".

3. **Las diferencias esenciales**. Como puede apreciarse, las diferencias son evidentes entre el derecho de propiedad garantizado en general por el numeral 35 del artículo 16 del proyecto constitucional y la excepcional propiedad sobre las cotizaciones previsionales definida en el numeral 28 del mismo artículo. En efecto:

- a) La propiedad sobre las cotizaciones se establece en forma expresa en la propia disposición de la Constitución: "Cada persona **tendrá**

b) Cada persona tendrá propiedad sobre sus cotizaciones previsionales para la vejez y los ahorros generados por éstas, y tendrá el derecho a elegir libremente la institución, estatal o privada, que los administre e invierta. En ningún caso podrán ser expropiados o apropiados por el Estado a través de mecanismo alguno.

c) El Estado regulará y supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, de conformidad a la ley.

d) Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

propiedad sobre sus cotizaciones previsionales y los 'ahorros' generados por éstas". Por lo tanto, **no se requiere de una ley que establezca su modo de adquirirla**. Y,

b) Las cotizaciones no pueden ser expropiadas o apropiadas por el Estado. Por lo tanto, no se establece regulación alguna en materia de indemnización por tal causa.

4. Con los antecedentes descritos podemos razonar sobre las consecuencias o los efectos que pueden producirse, a raíz de esta especialísima y atípica forma de propiedad que propone el Consejo Constitucional.

II. LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y EL DEBATE HASTA HOY

5. Hasta hoy se ha entendido que las cotizaciones previsionales obligatorias tienen como objeto único y exclusivo financiar prestaciones comprendidas en la seguridad social definidas en la Constitución vigente, donde sólo una de las cuales es **"la vejez"**. Y por esta misma causa no puede ser objeto de **"apropiación" ni de "expropiación"**, ya que -si se pudiese- implicaría el cambio de su objeto o destino. Esta interpretación responde perfectamente al concepto de "cotización" que transmite la RAE: **Cotizar**, *"Pagar la parte correspondiente de los gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social, etc."*. La **"cotización previsional"** es, entonces, el pago destinado a un **fin exclusivo** que no puede alterarse: **"financiar la seguridad social"**; Así, un 10% de la remuneración, por ejemplo, es para financiar **"la vejez"** y un 7% para **"la salud"**. De este modo, toda cotización "por el hecho de serlo", es **obligatoria**. Y, si la

Constitución vigente utiliza tal adjetivo hay que entender que lo hace como una forma de reiterar la esencia de **“lo obligatoria”** que es una cotización. Y, por otra parte, refleja su intención de distinguirla de la figura del **“ahorro”**, una de cuyas características esenciales es la de ser un **“acto voluntario”** que posibilita disponer de la propiedad del mismo cuándo y cómo lo desee el “ahorrante”: **Ahorrar** -según la RAE- es *“Guardar dinero como previsión para necesidades futuras”*.

6. Una última observación sobre estos conceptos -cotización y ahorro- es que han sido materia de una gran confusión pública al tratarlos como **“sinónimos”** cuando en sus características esenciales resultan ser **“antónimos”**. Y es absolutamente necesario tener clara sus diferencias para poder entender los cambios paradigmáticos propuestos por el proyecto del Consejo Constitucional y sus consecuencias. En efecto:
 - a) La **“cotización”**, según dijimos, es cada cuota obligatoria destinada al pago de la seguridad social. Puede compararse con un impuesto fiscal, cuyo pago obligatorio sea destinado a un solo fin. Por eso, su monto **sale del patrimonio del cotizante y se integra o entra a la cuenta o fondo del órgano que lo administra** con el exclusivo objeto de financiar su vejez o su salud, refiriéndonos a los casos que se indicaron como ejemplo. De este modo, la cotización no puede ser objeto de propiedad y, obviamente, tampoco de apropiación o expropiación, porque implicaría cambiar su destino único.
 - b) El **“ahorro”** es, según señalamos, un **acto voluntario** que posibilita usar, gozar y disponer siempre del mismo. El ahorrante

tiene **“propiedad sobre su ahorro”**. Es, por este motivo, un absurdo utilizar la expresión **“ahorro obligatorio”**, porque contradice su esencia de ser voluntario y objeto de propiedad.

III. EL ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL: UN NUEVO PARADIGMA

7. Pues bien, a la luz de las definiciones conceptuales expresadas, el examen del texto propuesto por el Consejo Constitucional en la letra b) del numeral 28 del artículo 16 del proyecto, lo primero que nos arroja es la definición de **un nuevo atributo** que las cotizaciones previsionales **“para la vejez”** nunca han tenido naturalmente: ***la propiedad sobre ellas y sobre su rentabilidad a la que denomina “los ahorros”***.
8. Observemos que se trata, exclusivamente, de la propiedad sobre las cotizaciones **para la vejez** y no sobre aquellas para la salud ni para otras prestaciones, lo que constituye la excepción única al concepto de “cotización para la seguridad social”.
9. Sin duda, es una **concepción “revolucionaria”**. Ciertamente, al establecer la propiedad de cada persona sobre las cotizaciones previsionales para su vejez, el proyecto constitucional **cambia el paradigma de éstas** al otorgarles –con un giro “antitético”- el atributo más característico del ahorro: **“la propiedad”**. De este modo, el proyecto del Consejo Constitucional transforma -con la simpleza que lo haría “el toque de una varita mágica”- **las cotizaciones obligatorias ‘en sinónimo’ de ahorro “voluntario”**. Luego, “cada persona” tendría -una vez aprobado el proyecto en dichos términos- la libertad para usar, gozar y disponer de aquéllas **sin limitaciones**.

Tan así es que, si bien otorga al cotizante --propietario de sus cotizaciones-- *“el derecho a elegir libremente la institución, estatal o privada, que los (debe decir ‘las’) administre e invierta”*, nada le impediría disponer de sus cotizaciones de otra manera que estime más conveniente a sus intereses. Entendamos que **el “derecho a elegir es una facultad” y no una “obligación de elegir”** a quien las administre o invierta. Nadie podría impedir al dueño de sus cotizaciones que ejerza los atributos esenciales de la propiedad que las ampara como lo son usar, gozar y disponer de ellas según su arbitrio.

10. Contemplar en la Carta Fundamental la propiedad sobre las cotizaciones previsionales para la vejez parece ser la manera que los consejeros constitucionales estimaron pertinente para poner fin a un debate que no es nuevo y que estaba resuelto en sentido contrario en varios fallos del Tribunal Constitucional (TC), aunque se aprecian una serie de efectos que podrían no haber sido –según veremos– considerados ni deseados por aquellos consejeros.
11. En efecto, en la sentencia del requerimiento N° 7442, de mayo de 2020, dictada a raíz del recurso de protección de una profesora de Antofagasta que reclamaba el retiro del total de sus fondos en la AFP Cuprum, el TC resolvió la inconstitucionalidad de tal retiro, declarando que **las cotizaciones previsionales no pueden tener otro objeto que no sea financiar la seguridad social**, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 18 de la Constitución vigente.
12. Aunque el criterio reiterado del Tribunal Constitucional en el sentido indicado, la publicidad de las AFP insistiendo en la falacia de

que “los trabajadores son propietarios de sus cotizaciones previsionales”, generó una presión tal que en el Parlamento se encontró la fórmula evidente, tanto para evitar la iniciativa exclusiva del Presidente de la República como para otorgar a las cotizaciones previsionales obligatorias un destino distinto al que indica la Constitución: **hacerlo mediante una reforma a la misma**. Y así fue como se autorizó el primer retiro de un 10% de los fondos de las cuentas individuales, en el mes de agosto 2020, con el loable fundamento de dar asistencia a las familias producto de la pandemia del coronavirus.

13. La historia reciente nos indica que se acrecentó la convicción popular sobre la propiedad de los fondos con la aprobación de otros dos nuevos retiros con la fórmula de la reforma constitucional. Sólo se detuvo esta seguidilla de retiros cuando se discutieron el cuarto, el quinto y el sexto que no fueron aprobados por el Congreso. No obstante, el problema político quedó latente. Tanto que, **por iniciativa popular impulsada bajo la consigna “con mi plata no”**, surgió muy transversalmente la disposición que motiva este informe: ***“Cada persona tendrá propiedad sobre sus cotizaciones previsionales para la vejez...”***.

14. De aprobarse definitivamente esta disposición tal como la propone el Consejo Constitucional, el problema político existente quedaría bastante resuelto, pero podría crear nuevos problemas de igual naturaleza, junto a otros de carácter técnico y económico, entre los cuales cabe destacar los siguientes que parecen ser los más importantes ya que surgirían inequívocamente del cambio de

paradigma en el concepto de las cotizaciones previsionales para la vejez:

- A. Las cotizaciones previsionales no tendrían como destino único el financiamiento de la vejez, tanto porque la disposición propuesta no lo señala como porque afectaría los atributos esenciales de la propiedad garantizada como son el usar, gozar y disponer de ella.
 - B. Al contemplarse la propiedad sobre las cotizaciones previsionales para la vejez dentro de la Constitución, obviamente, no sería necesaria una reforma constitucional para autorizar nuevos retiros de fondos de las AFP. Cualquier persona podría solicitarlos directamente a su AFP y frente a la negativa de ésta a otorgarlos, podría surgir una nueva judicialización mediante recursos de protección iniciados por el respectivo dueño de las cotizaciones exigiendo el giro de sus "ahorros", amparado en la propiedad que tiene sobre ellos.
 - C. Los fondos conformados por las cotizaciones previsionales que administren las entidades públicas o privadas tendrían que invertirse, preferentemente, en instrumentos de corto plazo, de manera que mantengan la liquidez necesaria a efectos de responder a las solicitudes de retiro de los cotizantes. Claramente, las inversiones a largo y muy largo plazo no podrían responder al requerimiento de los dueños de las cotizaciones que pidan su retiro parcial o total.
15. Nos atrevemos a afirmar, pues, que los autores de aquella disposición fueron cooptados por la falaz consigna publicitaria de las

AFP, repetida desde hace 40 años y que logró instalar la creencia de que *"los trabajadores son dueños de sus cotizaciones previsionales"*. Es más, el individualismo de su mensaje se tradujo en esa otra consigna que ya referimos –*"con mi plata no"*– y que resulta ser aún más agresiva, atendiendo a la desinformación que transmite. Ciertamente, la ceguera y la codicia contenida en la norma constitucional que se propone crear puede poner término al sistema de AFP y de capitalización individual sin que sus detractores hayan movido un dedo. Bastará que los cotizantes dispongan libremente de sus cotizaciones previsionales, porque serán de su propiedad. No se requerirá de ninguna ley ni reforma a la Constitución, ya que el derecho se habrá consolidado en la misma, sin condiciones ni limitaciones.

16. **Conclusión:** La propiedad constitucional sobre las cotizaciones para la vejez dejó sujeto el sistema de AFP a padecer un efecto *"blowback"*–opuesto al deseado– si entendemos que el deseado no es que los/as "propietarios/as de las cotizaciones" las rescaten de sus cuentas individuales, sino que, por el contrario, permanezcan en ellas –hasta que cumplan la edad de jubilar– **obligados/as** a invertirlas, a través de las AFP y de los *"traders"* que éstas contraten, en las grandes corporaciones empresariales que las reciben como una inyección de plata fresca y barata, igual a un crédito sin intereses y a tan largo plazo que no tiene fecha de pago. O sea, el "exceso de individualismo" que motivó a los constituyentes a declarar la propiedad sobre las cotizaciones para la vejez dejará herido de muerte al "individualismo" del sistema de capitalización individual. Un *"blowback"* perfecto.