Boletín N° 13.836-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Prohens y Chahuán, que garantiza la protección de los fondos de pensiones.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Recientemente nuestro Congreso Nacional aprobó una reforma constitucional con el fin de otorgar la posibilidad a los cotizantes del sistema previsional de solicitar hasta el diez por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias. La medida contó, no solo con un alto respaldo ciudadano, en medio de las necesidades generadas por la situación sanitaria que enfrenta nuestro país, sino con un amplio respaldo de los diferentes sectores políticos.

Dicha iniciativa basó sus fundamentos primeramente en los efectos económicos de la pandemia generada por el COVID-19, las cuales se pueden ver reflejadas en el aumento de la tasa de desempleo informada por el Instituto Nacional de Estadísticas este 30 de julio, para el trimestre marzo, abril, mayo, con una cifra estimada cercana a las 940.000 personas sin trabajo, alcanzando un 11,2%, lo cual significa un alza de más de 240.000 personas sin empleo en igual periodo del año pasado.

En la misma línea, el pasado 17 de junio el banco Central publicó el Informe de Política Monetaria (IPoM) de junio de 2020, en el cual se prevé para el 2020 una contracción de entre -5,5% y -7,5%, “la mayor en 35 años” junto con lo cual se estima para el mes de junio una caída del IMACEC de un 12%.

Pero también las iniciativas que dieron lugar a la Ley Nº 21.248, hacen especial énfasis en los derechos a la seguridad social y a la propiedad de los fondos de pensión, derechos a los cuales no referiremos en detalle más adelante, señalando las particularidades que nuestro sistema les entrega.

De esta forma, con los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización individual, el Estado, por medio de una medida constitucional ha permitido por única vez que los chilenos puedan ejercer de forma urgente los fondos de sus ahorros previsionales, situación que se da particularmente porque nuestro sistema de pensiones se basa en la propiedad de estos recursos administrados conforme al decreto ley 3.500.

SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social debe ser entendida bajo un triple visión, el primero normativo, pues nos encontramos frente a un conjunto de reglas y principios jurídicos que regulan la satisfacción de contingencias sociales; el segundo sistémico donde se contemplan los mecanismos y herramientas para satisfacer las necesidades generadas por las contingencias sociales y como derecho fundamental, donde se asegura a las personas un conjunto de prestaciones de asistencia en salud, aseguramiento del ingreso, desempleo, maternidad, entre otros.

De modo que la seguridad social se traduce en el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. Lo anterior conforme a las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[1].

SEGURIDAD SOCIAL EN NUESTRO PAÍS

Hasta la constitución del 1925 nunca existió una referencia al derecho a la seguridad social, referencia que se profundizó en una reforma constitucional de 1970, pues los términos originales eran tímidamente inspirados en las leyes sociales recién dictadas en 1924, fue en este año cuando por primera vez se estableció un sistema de pensiones, de salud pública y seguro de accidentes del trabajo. El artículo 10 Nº 14 prescribía los siguiente, “la Protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia”. Añadiendo más adelante que “será la ley la que regule estas organizaciones”.

Posteriormente la actual Carta Fundamental, enuncia un derecho a la seguridad social, haciendo referencia a que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes. A su vez establece que la ley puede fijar una cotización obligatoria.

Hasta la creación de las AFP, existieron en nuestro país varios sistemas de pensión, basados en la solidaridad de sus fondos y en el reparto como forma de realizar el pago de las cotizaciones, la falta de un estatuto unívoco fue motivo para diferentes interpretaciones en cuanto a su administración, el sistema fue cuestionado

[1] Observación Nº 19 del Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del año 2007, disponible en

por carecer de herramientas que permitieran alcanzar la universidad, principio adscrito a los sistema de previsión social en general. Un sistema sumamente criticado en su momento por la precariedad de la información y muchas veces la imposibilidad de sus cotizantes para acceder a los beneficios en materia de pensiones. El sistema basado como se dijo, en la solidaridad, entendida en la práctica en que los trabajadores activos financiaban las pensiones de los jubilados, con matices de capitalización individual en algunas cajas.

La creación de las Administradoras de Fondo de Pensión, se basa en un sistema de capitalización individual de carácter uniforma entre todos los cotizantes, la cual asciende al 10% en la actualidad, en el sistema de cajas encontramos diferentes montos de cotización, que iban entre el 15% y el 25% en el caso de los empleados. Estos fondos son administrados por entidades de giro único, reguladas en detalle en cuanto a su conformación, remuneración y forma de inversión.

Es así como en julio de 2020 las administradoras cobran una remuneración o comisión por cada depósito realizado en una cuenta perteneciente a un afiliado activo, conforme al siguiente cuadro:

Por depósito de cotizaciones	
A.F.P.	Julio 2020
	% de la remuneración o renta imponible (*)
CAPITAL	1.44
CUPRUM	1.44
HABITAT	1.27
MODELO	0.77
PLANVITAL	1.16
PROVIDA	1.45
UNO	0.62

Fuente: Superintendencia de Pensiones

Por su parte el artículo 45 del Decreto Ley 3.500 establece que “Las inversiones que se efectúen con recursos de un Fondo de Pensiones tendrán como únicos objetivos la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad. Todo otro objetivo que se pretenda dar a tales inversiones se considerará contrario a los intereses de los afiliados y constituirá un incumplimiento grave de las obligaciones de las Administradoras.”.

La misma norma dispone en su inciso tercero de forma taxativa cuales son los destinos que dichos fondos podrán tener entregando una serie de reglas para su disposición.

SEGURIDAD SOCIAL EN CIFRAS

En diciembre de 2019 el valor de los fondos de pensión en nuestro país, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) alcanzó los USD 215.373 millones, registrando un aumento de 11,5%, en comparación a diciembre del 2018, dicho avance se explica particularmente por la rentabilidad de los fondos.

En esta lógica la inversión en activos nacionales de los Fondos de Pensiones alcanzó a diciembre de 2019 USD 120.947 millones, representando un 56,2% de los activos totales de los Fondos de Pensiones, mientras que la cartera de inversión extranjera alcanza al cuarto trimestre de 2019 USD 94.426 millones, correspondiente a un 43,8% del total de activos totales.

Se argumenta que en la proyección a largo plazo de la administración es la rentabilidad la que constituye el mayor aporte al fondo, con una cifra cercana al 70%, pues en efecto la única labor de las administradoras es llevar a cabo operaciones que den rentabilidad a los fondos.

No obstante el éxito del sistema de inversiones, pero cuando vemos las jubilaciones pagadas en marzo para vejez por edad y vejez anticipada fueron de $259.000 en promedio, con una diferencia sustancial entre hombres y mujeres, los primeros han recibido en promedio una cifra próxima a los 320 mil pesos, mientras que las mujeres no superar los 192 mil pesos, detalle que en el informe de la Superintendencia de Pensiones se incluyen los aportes del pilar solidario creado por la Ley Nº 20.225.

De este modo se puede advertir una aparente contradicción de la cual el sistema político se debe hacer cargo, ya que la regulación de las pensiones está en la ley, le corresponde al órgano legislativo avanzar en una reforma que se haga cargo de las principales falencias del sistema, acompañado del Ejecutivo, pues la Constitución dispone que los asuntos previsionales son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

El monto de las pensiones pasa a ser la principal crítica al sistema de pensiones, lo cual resulta evidente cuando pensamos en una tasa de reemplazo del 44%[2] para hacer frente a los pujantes gastos de la vejez, y también debemos apreciar una diferencia sustancial entre hombres y mujeres, donde la diferencia es de un 25%.

Con estas cifras calculada la pensión de una persona que comienza a trabajar a los 18 años, recibiendo un sueldo promedio durante 47 años de vida laboral, sin lagunas previsionales en 2065 recibiría una pensión aproximada de 700.000, es

[2] Conforme a información disponible pensionados entre el año 2007 y 2017 realizado por la Superintendencia de Pensiones, la tasa de reemplazo promedio para los hombres es de un 56% mientras que para las mujeres alcanza el 31%. Disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-13365_recurso_1.pdf
.

decir menos de la mitad de un ingreso mensual promedio de mantenerse en los próximos años una tasa de inflación conforme al promedio de los últimos 10 años[3].

Son sin duda una serie de factores los que afectan la cuantía de las pensiones, entre ellos la volatilidad del sistema de inversiones de las entidades administradoras, los salarios bajos y la baja cotización. Por cierto que el proceso de aumento de la población mayor que implica un mayor número de personas que accedan a un régimen de pensiones también tendrá un impacto en el sistema. Lo cual hace necesario que el sistema sea reformado en aquellos aspectos que son estimados como falencias, reconocidos y considerados de forma transversal por los miembros del Congreso Nacional durante la tramitación de la ley Nº 21.248.

Sin duda los estudios de opinión pública hacen presente la creciente preocupación de los chilenos por sus pensiones, el 82% de los consultados en un estudio encargado por la denominada "Comisión Bravo"[4] señaló su inquietud por recibir pensiones bajo las expectativas.

EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS FONDOS

El artículo 20 H del Decreto Ley 3.500 establece en su inciso cuarto que "Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador serán siempre de su propiedad." A recursos no solo se refiere a los aportes realizados por los cotizantes, sino también por su rentabilidad.

A pesar de existir esta declaración, en los últimos años hemos visto pretensiones políticas en orden a que dichos fondos, que en parte representan una importante inversión en el sistema financiero nacional, pasen a manos del Estado de una u otra forma. Quienes han planteado con mayor dureza su oposición al sistema, tanto en movimientos sociales de propaganda como en el debate político formal, han actuado de forma poco transparente pues si su voluntad no declarada es cambiar el sistema en su esencia y no mejorarlo en aquellos aspectos en que se ha vuelvo vulnerable, precisando, que especialmente producto de las reformas incorporadas en los últimos 31 años. Donde la voluntad real es más bien atacar los fundamentos del sistema de pensiones, promoviendo el reemplazo de un sistema basado en la capitalización individual y por ende, en la propiedad de los ahorros por parte de los cotizantes, por uno de reparto o mixto, insostenible desde el punto de vista financiero, sistemas agotados a nivel mundial que incluso los que subsisten en nuestro país no son más que gasto público insostenible, lo cual ha sido ratificado por economistas de todos los sectores, incluso por el contenido del informe entregado por la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones convocada el año 2014.

---

[3] Cálculo realizado en portal institucional de AFP Capital en base a una remuneración de 1.5 millones, ejercicio de los autores.

[4] Disponible en http://www.comision-pensiones.cl/Informe_final_CP_2015.pdf

En lo anterior han insistido algunos, a pesar de que según estudios de opinión pública al menos el 76% de la ciudadanía prefiere un sistema que refleje su esfuerzo personal de forma individual, incluso cuando se plantea que el aporte adicional de los empleadores sea destinado a las cuentas individuales, esto recobra fuerza en la ciudadanía, lo que no obsta a que las dinámicas solidarias dentro del sistema tomen fuerza, para atender los efectos de las bajas remuneraciones, lagunas previsionales y otros factores que influyen en las bajas pensiones.

En más en la tramitación reciente de la ley Nº 21.248 los proyectos presentados con el fin de justificar el retiro del 10% de forma excepcional se basaron sobre la base de la propiedad sobre los fondos de pensión. Pues bien, cuando hablamos de dominio sobre dichos fondos ha de entenderse una propiedad especial, como un patrimonio de afectación similar a la propiedad fiduciaria, en la cual el titular del derecho le entrega la administración, conforme a determinadas reglas a una personas, en este caso la AFP respetiva para que lleve a cabo la administración de los recursos hasta que se verifique un hecho determinado, condición o plazo, el cual dará lugar a las prestaciones fruto del ahorro y esfuerzo personal, añadido a la rentabilidad y de ser necesario a un aporte estatal solidario. De modo que el dominio, durante la vigencia de la cuenta individual, se traduce en detentar cuotas sobre los fondos de pensión, las que en el futuro se traducirán en una pensión monetaria en efectivo.

Si bien nuestra Constitución regula el derecho de propiedad en el artículo 19 Nº 24 dicha normativa no es claramente comprensiva en lo que se refiere a la propiedad sobre ahorros, pues un sistema de expropiación supone la compensación del valor del bien declarado de utilidad pública, pero ha de operar la expropiación de dinero no queda claro.

Entre los argumentos presentados por 23 de los 24 de los miembros de la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, creada el año 2014 por S.E la Presidenta Michelle Bachelet, señala que, “La Propuesta C transfiere todos los depósitos y ahorros de propiedad de los trabajadores al sistema de reparto, sin compensación por la toma de sus cuentas individuales.” En otras palabras la transformación de un sistema implicaría una afectación del patrimonio de los trabajadores, lo cual en cualquier caso debe ser protegido. Esta protección no solo se debe entender por una decisión política, sino también en razón del interés de los cotizantes en orden a mantener el respecto por su esfuerzo personal, esfuerzo personal que tuvo como consecuencia que a partir del 30 de julio pudieran solicitar hasta el 10% de sus ahorros frente a la emergencia sanitaria que experimentamos a nivel global.

En este sentido los Senadores señores Durana y Sandoval presentaron una importante indicación del siguiente tenor, “Los fondos previsionales de los afiliados del sistema de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500 de 1980, ahorrados tanto en forma obligatoria como voluntaria, serán inembargables e inexpropiables. La Constitución asegura a todos los chilenos la propiedad individual sobre sus fondos previsionales ahorrados y ninguna ley o decreto podrá privarlos de ellos bajo ningún respecto.”.

La reseñada indicación fue aprobada por la Comisión de Constitución del Senado, sin embargo, no alcanzó el quórum necesario en la votación realizada en la Sala de esta Corporación frente a una evidente falta de información sobre la trascendencia de la norma en la futura reforma al sistema previsional.

El boletín 13.617-07 comienza su fundamentación, señalando que “La presente moción tiene por objeto declarar constitucionalmente el derecho de propiedad que detentan los afiliados sobre sus fondos de pensiones” idea central sobre la cual se basaron todas las propuestas legislativas que dieron paso a la posibilidad de retiro del 10% de los fondos de pensión.

En este sentido pudimos apreciar los fundamentos de la Corte de Apelaciones de Talca que en causa ROL 9073-2019[5], al señalar que su considerando undécimo que, “se ha acreditado que el recurrente es titular del derecho de dominio sobre los fondos previsionales que mantiene en su poder la recurrida, que la entrega de ellos se hace mediante el beneficio de una pensión, por lo que el rechazo de la recurrida a la restitución íntegra de ese patrimonio pone en juego y amaga la garantía constitucional de la propiedad”.

Los mismos ahorrantes, el Congreso Nacional en la reforma de la Ley 21.248 y el Estado en general debe dar cobertura a la protección de los ahorros previsionales frente a las arremetidas de quienes deseen por medio de la demagogia imponer una visión. Es cierto, los aspectos solidarios del sistema deben fortalecerse, el monto de las pensiones para hacer que sean justas y adecuadas para mantener la calidad de vida de las personas llegado el momento de la jubilación y hacer que estas sean de forma simplificada a los herederos, como muestras de la propiedad que existe sobre estos fondos, deben ser parte de una gran reforma. Sin embargo, la protección patrimonial de los cotizantes debe ser tomando y defendida como un principio primordial, para seguir avanzando en el proceso antes señalado.

En razón de lo antes expuesto es que sometemos a este honorable Senado la siguiente:

[5] Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca el 11 de marzo de 2020

REFORMA CONSTITUCIONAL

Agréguese a la norma TRIGÉSIMA NOVENA transitoria de la Constitución Política de la República el siguiente inciso final:

“Los ahorros obligatorios y voluntarios contenidos en las cuentas personales del sistema de pensiones son de propiedad de cada uno de los afiliados, estos serán inembargables e inexpropiables. El Estado y ninguna persona, sea natural o jurídica, especialmente las entidades a cargo de la administración de los fondos regulados en el Decreto Ley 3.500 de 1980, podrán realizar acción alguna para apropiarse de dichos fondos o darles un fin diferente al de financiar las futuras pensiones del afiliado.”.