

Santiago, agosto 1 de 2001.

Oficio N° 1.668

Excelentísimo señor
Presidente de la Cámara de Diputados:

Tengo el honor de transcribir a vuestra Excelencia la resolución, dictada por este Tribunal, en los antecedentes rol N° 334, relativos al requerimiento formulado en contra de los artículos 61, incisos tercero y cuarto, y 61 bis, del proyecto de ley por el cual se modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, estableciendo normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias, cuyo tenor es el siguiente:

“Santiago, treinta y uno de julio de dos mil uno.

Con el mérito de la presentación de la parte requirente, se admite a tramitación el requerimiento de fojas 1.

Al primer otrosí, por acompañados los documentos.

Al segundo y tercer otrosí: Ténganse presente.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 40 y 42 de la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, póngase en conocimiento de su Excelencia, el Presidente de la República, del honorable Senado y de la honorable Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados, la presente resolución, acompañándoles copia del requerimiento y de los antecedentes adjuntados”.

“Rol N° 334.

Pronunciada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell, y los ministros señor Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Servando Jordán López, Hernán Álvarez García, Juan Agustín Figueroa Yávar y Marcos Libedisnky Tschorne. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

Dios guarde a V.E.,

(Fdo.): JUAN COLOMBO CAMPBELL, Presidente; RAFAEL LARRAÍN CRUZ, Secretario.

“Santiago, 23 de julio de 2001.

En lo principal, solicitan del Excelentísimo Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 3.500, de 1980, estableciendo normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (Boletín N°1148-05) por los fundamentos que señala. En el primer otrosí, acompañan documentos que indican. En el segundo otrosí, acreditan cumplimiento de las exigencias pertinentes contempladas en la Constitución y en la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y la personería. En el tercer otrosí, designan representante de los requirentes con sujeción a la ley mencionada y fijan domicilio y otorgan patrocinio y poder.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los requirentes, todos senadores, que representamos más de la cuarta parte en ejercicio de los miembros del honorable Senado, según se acredita en la forma indicada en el segundo otrosí, recurrimos a V.E. en ejercicio de la facultad que nos confiere el inciso cuarto del artículo 82 de la Constitución Política de la República en relación al numeral 2º del mismo artículo, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 de la ley Orgánica Constitucional N° 17.997, solicitamos que V.E. declare inconstitucional los artículos 61 incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley por el cual se modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, estableciendo normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (Boletín N° 1148-05), por contravenir los artículos 1º, 19 N° 4º, 5º, 18, 21, 24 y 26 de la Constitución Política de la República, en razón de los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación exponemos:

I. EL SISTEMA DE PENSIONES DEL DECRETO LEY N° 3.500 Y SUS FUNDAMENTOS.

El antiguo sistema previsional, vigente antes del Decreto Ley N° 3.500, estaba caracterizado por un sistema de reparto basado en la solidaridad generacional, en el cual el afiliado carecía del dominio sobre sus fondos previsionales, por lo que el Estado y las diversas cajas de previsión establecían múltiples requisitos y regulaciones para el ejercicio del derecho a la seguridad social. Este sistema era altamente segmentado, pues existían 32 cajas de previsión que administraban 100 regímenes previsionales distintos, presentándose diferencias en materias tales como edad para jubilar, años de servicio, formas de cálculo de pensión, período y monto de las cotizaciones y la modalidad de ejercer el derecho de pensión, etc. Este sistema, además, no entregaba ningún margen de libertad para que el trabajador estipulara su pensión de acuerdo a sus necesidades y conveniencias.

Frente a este sistema rígido y discriminatorio, la esencia misma del régimen previsional establecido de acuerdo al Decreto Ley N° 3.500 está basada en la capitalización individual, el dominio del afiliado sobre los fondos previsionales y la consecuente libertad para hacer uso de ellos, estando la acción del Estado limitada a “garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas y uniformes”, es decir, a resguardar prestaciones sociales mínimas para una vida digna, careciendo, en forma consecuente, de atribuciones para inmiscuirse en aquellos ámbitos que exceden dichas prestaciones básicas y uniformes, que quedan entregadas a la autonomía de la libertad y al mercado.

La ley consagra la libertad de los trabajadores en aspectos tan esenciales como la cotización, pues sólo se establece una cotización mínima del 10% de la remuneración, facultándoseles, sin embargo, para realizar cotizaciones voluntarias por un porcentaje mayor; igualmente libre es la elección de la Administradora de Fondos de Pensiones, pues el monto final depende en gran medida de la eficiencia como han sido administrados estos fondos; se establece también la libertad para elegir la modalidad de pensión entre las que se brinda la posibilidad de comprar una renta vitalicia, contrato con el cual se le traspa a una Compañía de Seguros de Vida los riesgos de la sobrevivencia y de su grupo familiar y de la rentabilidad de los fondos.

Tan amplio es el sistema de libertad consagrado, Excmo. Tribunal, que la ley establece la edad para obtener una pensión de vejez, pero brinda el derecho de acogerse a ella antes de cumplirla para las personas que han reunido fondos suficientes para financiar su pensión e incluso faculta al trabajador para que pueda disponer de los excedentes para financiar una pensión mayor o para retirarlos libremente.

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 219, Considerando 19 (a citarse como STC 219/18) ha reconocido las sustanciales diferencias entre el antiguo y el nuevo sistema de pensiones, declarando:

“El antiguo sistema se encuentra estructurado en un régimen financiero de reparto de las cotizaciones de sus imponentes, con una administración de cargo del Estado, con unos beneficios que le son propios, todo lo cual es financiado con cargo al presupuesto de la Nación y con un sistema de reajustabilidad determinado por ley. El nuevo sistema, en cambio, está organizado por un esquema financiero de capitalización individual en el cual cada afiliado es titular de una cuenta en la que se depositan sus cotizaciones, administrado por organismos privados denominados Administradoras de Fondos de Pensiones, con un sistema de reajustabilidad de las pensiones conforme a la variación de la Unidad de Fomento, es decir, con una reajustabilidad automática diaria. Las principales modalidades que contempla este sistema en materia de pensiones son, el retiro programado y la renta vitalicia, ambas pagadas con cargo al ahorro individual de los afiliados. Al Estado no le corresponde ninguna participación en el financiamiento del nuevo sistema excepto la garantía de las pensiones mínimas de los afiliados conforme al artículo 1° del Decreto Ley N° 3.500;”.

Los beneficios que contempla el sistema son, así, las pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. En lo que se refiere a las pensiones de vejez, existen tres tipos distintos:

- a) Retiro programado: en este caso, el afiliado obtiene su pensión con cargo al saldo que mantiene en su cuenta de capitalización individual, como resultado de retirar anualmente la cantidad expresada en unidades de fomento, que resulte de dividir cada año el saldo de su cuenta de capitalización individual por el capital necesario para pagarle una unidad de pensión, y, fallecido éste, a sus beneficiarios, en los porcentajes que legalmente le correspondan.
- b) Renta Vitalicia: en esta modalidad, una compañía de seguros se obliga a pagar una renta mensual desde el momento en que el afiliado suscribe el contrato hasta que fallezca y a pagar las correspondientes pensiones de sobrevivencia a los beneficiarios que tengan derecho a ella. La decisión que adopta el afiliado por esta modalidad es irrevocable. La pensión se expresa en unidades de fomento y sólo pueden optar a ella los afiliados que estén en condiciones de contratar una renta cuyo monto sea igual o superior a la pensión mínima garantizada por el Estado. En este caso, la Administradora de Fondos de Pensiones transfiere el total de la cuenta individual del afiliado a la Compañía de Seguros que éste seleccione.
- c) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida: en este caso, el afiliado contrata con una Compañía de Seguros de Vida el pago de una renta mensual a contar de una fecha futura, determinada en el contrato, reteniendo en su cuenta de capitalización individual los fondos suficientes para obtener de la Administradora de Fondos de Pensiones una renta de carácter temporal por el período que medie entre la fecha que ejerce la opción por esta modalidad y aquella en que la renta vitalicia comenzará a ser pagada por la Compañía de Seguros. La renta vitalicia diferida que se contrate, no podrá ser inferior al 50% del primer pago mensual correspondiente a la renta temporal ni tampoco ser superior al 100% de dichos pagos. En el caso de la modalidad de retiro programado, el Estado garantiza la pensión mínima, y se compromete a completar dicho monto, en la medida en que la pensión calculada resulte inferior. En el caso de las rentas vitalicias, el Estado garantiza la pensión mínima, más el 75% de la diferencia entre este mínimo y la renta vitalicia originalmente contratada por el pensionado, con un tope, eso sí, de 45 unidades de fomento (artículo 82 del Decreto Ley N° 3.500). Esta garantía limitada del Estado es comprensible, si se tiene en mente que el afiliado es libre para elegir entre las diversas opciones, por lo que le corresponde asumir, igualmente los riesgos de utilidad o pérdida

que conlleva su decisión mientras tenga parte de su cuenta de capitalización individual en la AFP o se esté pagando ya la renta vitalicia.

II. MODIFICACIONES QUE PRETENDEN INTRODUCIR LOS ARTÍCULOS 61 Y 61 BIS DEL PROYECTO DE LEY.

1. Fundamentos de la iniciativa.

Este proyecto está fundado, según se expresa en sus considerandos, por que el mercado de las rentas vitalicias tuvo

“un fuerte incremento a partir de 1988, con las reformas introducidas al decreto ley

Nº 3.500 de 1980, que disminuyeron las exigencias para acceder a la pensión de vejez anticipada. Aparejado a ese incremento, se generaron una serie de imperfecciones que actualmente se observan en dicho mercado, tales como alto nivel de comisiones que cobran los intermediarios, el comercio de información relativa a los futuros pensionados a través de un mercado negro que desprestigia el Sistema, el difícil acceso del afiliado a la totalidad de la oferta de rentas vitalicias, y el pago de dinero o el otorgamiento de otros beneficios de parte de los intermediarios a los futuros pensionados, todas las cuales se pretenden corregir por medio de esta iniciativa”.

Hemos citado los fundamentos de la iniciativa, para hacer presente que no existe proporcionalidad entre los objetivos que se pretenden con las limitaciones y privaciones a que se someten diversos derechos constitucionales, actuando el legislador sin prudencia y mesura, afectando los derechos y libertades, que el constituyente ordena respetar y promover en el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución.

El proyecto de ley regula los fondos previsionales como si éstos fueran de propiedad del Estado, bajo los prismas y visiones anteriores a la Constitución de 1980, abstrayéndose de la nueva situación sentada por esta Carta Fundamental, que implementó el decreto ley Nº 3.500.

Es más; el fuerte incremento de las pensiones anticipadas que busca impedir el proyecto de ley está directamente vinculado con la crisis económica que afecta al país, por lo que personas que tienen fondos previsionales que exceden el mínimo legal, prefieren una pensión anticipada para acceder a un ingreso actual, la que, en todo caso, igualmente supera el mínimo estatal, por lo que no existe fundamento alguno para que los afiliados no puedan disponer de los fondos previsionales de su propiedad. En lo que se refiera a la falta de transparencia, somos firmes partidarios de incrementar la información al interior del mercado previsional, lo que debe lograrse mediante un sistema que no viole derechos constitucionales, como podría ser a través de una licitación voluntaria de los fondos previsionales. Por último, y en lo que respecta a las comisiones, ésta es una situación cíclica de mercado, que ha demostrado altibajos a lo largo de la historia y que últimamente ha vuelto a descender y que en parte está vinculada a una forma indirecta de hacer llegar al afiliado parte de la comisión.

En consideración a lo anterior, consideramos que el sistema que instituyen los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley no sólo viola diversos derechos constitucionales, sino que es erróneo y abusivo para quienes imponen en el sistema privado de pensiones.

2. Los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley.

Mediante los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley, el legislador ha establecido un sistema obligado de consultas y ofertas para quienes deseen acceder a una renta vitalicia. Estos preceptos, según el proyecto de ley, indican:

Artículo 61, incisos tercero y cuarto:

“Los afiliados sólo podrán pensionarse y cambiar su modalidad de pensión a renta vitalicia, acogiéndose al sistema de consultas y ofertas de montos de pensión establecido en el artículo 61 bis. Para estos fines, la expresión afiliados, comprenderá también a los beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

La selección de modalidad de pensión será indelegable. Los afiliados sólo podrán seleccionar modalidad de pensión concurriendo personalmente a la Administradora respectiva o realizando una declaración personal en tal sentido suscrita ante Notario Público. En este último caso, la declaración deberá señalar con precisión la modalidad de pensión seleccionada y la oferta aceptada. Asimismo, en el caso que el afiliado opte por el sistema de remate descrito en el número 1) del inciso séptimo del artículo 61 bis, la declaración deberá señalar el tipo de renta vitalicia seleccionada, las Compañías de Seguros que podrán participar en él y la postura mínima. En todos estos casos, deberá insertarse en dicha declaración el formulario que contenga las ofertas efectuadas por el sistema de consultas y ofertas de montos de pensión, la oferta a que se refiere el inciso octavo del artículo 62, cuando corresponda, y la oferta que, no habiendo sido recibida a través del sistema antes referido, haya sido efectuada en los términos señalados en el número 2) del inciso séptimo del artículo 61 bis. La referida declaración deberá ser otorgada personalmente y no admitirá representación convencional. Lo dispuesto en este inciso no regirá respecto de aquellos afiliados o beneficiarios de pensión que tengan domicilio o residencia en el extranjero.”.

“Artículo 61 bis.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, el afiliado deberá presentar una solicitud de pensión en la Administradora respectiva, la que informará, en su oportunidad, el monto de pensión bajo la modalidad de retiro programado, que percibiría en ésta y en cada una de las restantes Administradoras, descontado el monto de las respectivas comisiones, y en caso de que cumpla con las exigencias establecidas en el inciso tercero del artículo 62, bajo las modalidades de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida, requerirá de las Compañías de Seguros de Vida que cuenten con una clasificación de riesgo de al menos A, la presentación de ofertas a través de un sistema especial de transmisión de datos.

Al requerir de las Compañías de Seguros de Vida las ofertas sobre montos de pensión, la Administradora estará obligada a proporcionar información del afiliado y su grupo familiar, si lo hubiera. Esta deberá referirse, a lo menos, al nombre, cédula nacional de identidad, domicilio, monto nominal y fecha de emisión del Bono de Reconocimiento, cuando corresponda, y saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado, como también la fecha de nacimiento y sexo del afiliado y sus beneficiarios.

Con la información señalada en el inciso anterior, las Compañías de Seguros de Vida interesadas podrán efectuar ofertas de montos mensuales de pensión, las que deberán estar expresadas en unidades de fomento en base al costo por unidad de pensión. Para estos efectos, se entenderá por costo por unidad de pensión, el capital necesario para financiar una pensión mensual equivalente a una unidad de fomento mientras viva el afiliado, y a su muerte, las pensiones de sobrevivencia que correspondan.

En todo caso, las ofertas de las Compañías de Seguros de Vida deberán contener, al menos, un monto de pensión bajo las modalidades de rentas vitalicias inmediata y diferida, sin condiciones especiales de cobertura. Para estos efectos, se entenderá por renta vitalicia sin condiciones especiales de cobertura, aquélla que contempla el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia sólo a los beneficiarios

establecidos en el artículo 5º y cuyos montos de pensión se ajusten a los porcentajes establecidos en el artículo 58.

Los solicitantes de pensión deberán recibir en la forma que establezca la norma de carácter general señalada en el inciso undécimo de este artículo, información sobre los montos ofrecidos bajo las modalidades de renta vitalicia y retiro programado, expresados en unidades de fomento y en pesos, debiendo señalarse las diferencias entre las distintas ofertas de pensión en términos de valor presente, como asimismo, la clasificación de riesgo de las Compañías de Seguros de Vida que hayan efectuado las respectivas ofertas. Tratándose de una solicitud de pensión de vejez, deberá informarse el monto de pensión estimado que obtendría si postergase su decisión en un año. Si la solicitud correspondiese a una pensión de vejez anticipada, deberá señalarse, además, la tasa de descuento aplicada al Bono de Reconocimiento, en su caso.

Con posterioridad a que los afiliados hayan tomado conocimiento de las ofertas efectuadas dentro del sistema de consultas, éstos podrán seleccionar una de entre las tres mayores ofertas de montos de pensión o cualquier otra del mismo tipo y cobertura, cuyo monto a lo menos sea igual al promedio de las tres mayores, disminuido en un 2%. Además, en este último caso, la Compañía de Seguros de Vida que ofrezca la pensión deberá tener una clasificación de riesgo de al menos AA.

Si los afiliados no eligieren una de las ofertas a que se refiere el inciso anterior, podrán optar, indistintamente, por una de las siguientes alternativas:

- 1) La realización de un remate vinculante con participación de aquellas compañías de seguros que hubieren presentado ofertas en el sistema de consultas. Para que este remate tenga lugar, los afiliados deberán seleccionar el tipo y cobertura de la renta vitalicia, indicando al menos tres Compañías de Seguros que podrán participar en él. Asimismo, los afiliados deberán fijar la postura mínima, que no podrá ser inferior a la mayor de las ofertas de las compañías seleccionadas por el afiliado ni inferior al promedio de las tres mayores ofertas efectuadas en el sistema de consultas. Se adjudicará el remate a la Compañía de Seguros que haya efectuado la mayor oferta. En caso de adjudicación por remate, las Administradoras estarán facultadas para suscribir a nombre de los afiliados o beneficiarios, los contratos de rentas vitalicias a que haya lugar en virtud de la aplicación de este número 1).

- 2) Contratar una renta vitalicia sobre la base de ofertas efectuadas con posterioridad a las recibidas en el sistema de consultas y ofertas de montos de pensión, siempre que:
 - a) La Compañía de Seguros de Vida con la que contrate la renta vitalicia, le hubiere efectuado en el referido sistema alguna oferta que se encuentre vigente al momento de la contratación, y
 - b) El monto de pensión ofrecido sea al menos igual al mayor valor entre el promedio simple de las tres mejores ofertas de pensión recibidas por el afiliado dentro del sistema de consultas para rentas vitalicias y la oferta efectuada por la propia compañía en el sistema de consultas, todas ellas con iguales condiciones de cobertura.

En caso de no existir tres ofertas en el sistema de consultas que presenten iguales condiciones de cobertura que la oferta externa, el afiliado deberá realizar una nueva consulta a través del referido sistema, respecto de esa condición de cobertura y podrá aceptar la oferta externa si se cumple el requisito establecido en la letra b) del inciso anterior.

Con todo, el afiliado podrá postergar su decisión de pensionarse, o preferir la modalidad de retiro programado, salvo que hubiere contratado una renta vitalicia de acuerdo a los incisos anteriores, o que ya hubiere solicitado la realización del remate a que se refiere el número 1) del inciso séptimo de este artículo, a menos que en el remate no se hubieren presentado ofertas de montos de pensión.

Todas las comparaciones de montos de pensión señaladas en este artículo se efectuarán respecto de ofertas con iguales tipos y coberturas de rentas vitalicias.

Una norma de carácter general, que dictarán conjuntamente las Superintendencias de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Valores y Seguros, regulará las materias relacionadas con el funcionamiento del sistema de información, consultas y ofertas de montos de pensión. Podrán requerir la información de este sistema otras instituciones distintas de las Administradoras y Compañías de Seguros de Vida, sólo con el objeto de obtener antecedentes sobre alternativas y montos de pensión para los afiliados que lo soliciten. Las entidades administradoras del sistema de transmisión de datos podrán cobrar a las Administradoras, a las Compañías de Seguros de Vida y a otras instituciones, por los servicios que éstas utilicen.

El que obtenga beneficio patrimonial ilícito mediante el uso no autorizado de los datos personales contenidos en la información señalada en el inciso anterior o en aquélla contenida en el listado a que se refiere el artículo 72 bis, será sancionado con las penas establecidas en el artículo 467 del Código Penal, sin perjuicio de las demás sanciones legales o administrativas que correspondan.

Prohíbese a las Compañías de Seguros, a los intermediarios, agentes de ventas u otras personas que intervengan en la comercialización de rentas vitalicias, ofrecer u otorgar a los afiliados o beneficiarios incentivos o beneficios distintos de los establecidos en la ley, con el objeto de obtener la contratación de pensiones a través de la modalidad antes señalada. La infracción a lo dispuesto en el presente inciso, será sancionada de conformidad a lo establecido en el Título III del decreto ley N° 3.538, de 1980, por la Superintendencia de Valores y Seguros”.

De acuerdo a estos preceptos:

- a) Los afiliados sólo podrán pensionarse (dentro de los cuales se incluye únicamente a los beneficiarios legales de pensión de sobrevivencia), de acuerdo al sistema de consultas y ofertas establecidos en esta ley, no pudiendo así negociar libremente sus fondos previsionales.
- b) La selección de pensión sólo pueden hacerla personalmente los afiliados en la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) o mediante declaración personal ante Notario.

- c) Presentada una solicitud de pensión en su AFP, ésta requerirá de las Compañías de Seguros de Vida la presentación de ofertas a través de un sistema especial de transmisión de datos, si cumple con las exigencias establecidas para pensionarse en renta vitalicia inmediata o renta vitalicia diferida.
- d) Las Compañías de Seguros de Vida sólo podrán ofertar pensiones (rentas vitalicias inmediata y diferida) sin condiciones especiales de cobertura, circunstancia que impide que el afiliado pueda solicitar elementos personales a considerar. Esta circunstancia la impone el legislador para lograr generar productos y ofertas iguales, por lo que privilegia el precio final que se ofertará a las condiciones y requisitos individuales del afiliado.
- e) Luego que los afiliados conozcan las ofertas efectuadas dentro del sistema de consultas, podrán seleccionar una de entre las tres mayores ofertas de montos de pensión o cualquier otra del mismo tipo y cobertura, cuyo monto a lo menos sea igual al promedio de las 3 mayores, disminuido en un 2%. En este último caso, la Compañía de Seguros debe tener una clasificación de riesgo de al menos AA.
- f) Si los afiliados no eligen una de las ofertas a que se refiere el párrafo anterior, podrán optar por:
- Requerir la realización de un remate, el que tendrá carácter vinculante, con aquellas Compañías de Seguros que hubieren participado en el sistema de consultas. Para ello, los afiliados deben seleccionar el tipo y cobertura de la renta vitalicia, indicando al menos 3 Compañías de Seguros que podrán participar en él. Deberán igualmente fijar la postura mínima, que no podrá ser inferior a la mayor de las ofertas de las Compañías seleccionadas ni inferior al promedio de las tres mayores ofertas efectuadas en el sistema de consultas. Se adjudicará el remate a la Compañía de Seguros que haya efectuado la mayor oferta.
 - Contratar una renta vitalicia sobre la base de ofertas efectuadas con posterioridad a las recibidas en el sistema de consultas y ofertas de montos de pensión, siempre que la Compañía de Seguros de Vida con la que contrate, le hubiere efectuado en el referido sistema alguna oferta que se encuentre vigente al momento de la contratación, y que el monto de pensión ofrecido sea al menos igual al mayor valor entre el promedio simple de las 3 mejores ofertas de pensión recibidas por el afiliado dentro del sistema de consultas para rentas vitalicias y la oferta efectuada por la propia Compañía en el sistema de consultas, todas ellas con iguales condiciones de cobertura.
 - En caso de no existir 3 ofertas en el sistema de consultas que presenten iguales condiciones de cobertura que la oferta externa, el afiliado deberá realizar una nueva consulta a través del referido sistema, respecto de esa condición de cobertura y podrá aceptar la oferta externa si se cumple el requisito del inciso anterior.
- g) Con todo, el afiliado podrá postergar su decisión de pensionarse, o preferir la modalidad de retiro programado, salvo que hubiere contratado una renta vitalicia o que ya hubiere solicitado la realización del remate, a menos que en el remate no se hubieren presentado ofertas de montos de pensión.

Como se puede apreciar, V.E., este sistema engorroso y burocrático exige que el afiliado, para disponer de los fondos previsionales de su propiedad deba concurrir a una AFP no menos de cuatro veces.

El proyecto de ley consagra igualmente diversas obligaciones para las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Compañías de Seguros, las que deberán administrar y financiar en conjunto el sistema de transmisión de datos que utilicen para solicitar y efectuar las ofertas de montos de pensión, bajo la modalidad de renta vitalicia, respectivamente. El financiamiento del sistema se hará por partes iguales entre AFP y las Compañías de Seguros de Vida.

Se contempla, igualmente, que podrán requerir la información de este sistema, otras instituciones distintas de las AFP y Compañías de Seguros de Vida, sólo con el objeto de obtener antecedentes sobre alternativas y montos de pensión para los afiliados que lo soliciten. Las entidades administradoras del sistema de transmisión de datos podrán,

además, cobrar a las AFP, a las Compañías de Seguros de Vida y a otras instituciones, por los servicios que éstas utilicen.

Por otro lado, el artículo indica que una norma de carácter general, que dictarán conjuntamente las Superintendencias de AFP y de Valores y Seguros, regulará todas las materias relacionadas con el funcionamiento del sistema de información, consultas y ofertas de montos de pensión.

III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS AL TEMA.

1.0. Marco conceptual del rol del Estado y la primacía de la libertad en el Orden Público Económico.

La Constitución Política de la República de 1980 contiene valores y principios esenciales de nuestra estructura política y vida social, que inspiran y limitan el actuar de los órganos del Estado. Éstos están conformados, entre otros, según el artículo 1.º, por que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, correspondiéndole al Estado reconocer y amparar a los grupos intermedios, garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos, estando al servicio de la persona humana, siendo su finalidad promover el bien común, para lo cual debe crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su máxima realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece. Además, es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El Tribunal Constitucional ha reconocido este carácter axiológico de nuestro ordenamiento constitucional en la STC 46/19), indicando además en STC 46/21:

“21) Que estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”.

Relevante es afirmar que el Estado en nuestro ordenamiento fundamental no tiene un rol rector de la vida de los individuos o planificador en la vida social, sino que su función es subsidiaria a la de los órganos intermedios, teniendo una misión de servicio, esto es, promover el bien común en general y asumir ciertos deberes específicos, en especial. De nuestra estructura constitucional puede concluirse, así, que al Estado no le compete decidir ni entregar una determinada o única “realización espiritual o material”, debiendo sólo crear las condiciones para que cada persona o grupo busque y concrete la suya.

Por su parte, el Orden Público Económico aplica las bases de la institucionalidad en el campo de las relaciones económicas entre el Estado, la sociedad y los individuos, teniendo fuerza normativa los preceptos constitucionales que expresamente lo consagran pero también los principios y valores en los que se funda, entre los que cabe mencionar el bien común, la subsidiariedad, la igualdad en general y la de oportunidades en especial, la libertad y la justicia tributaria, entre otros. Este tema fue expresamente discutido por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República en las sesiones 384ª, 388ª, 389ª, 393ª, 394ª, 397ª, 398ª, 399ª, 400ª y 403ª y de las reflexiones sobre el Orden Público Económico se consagraron disposiciones sobre la subsidiariedad del Estado, la igualdad y no discriminación arbitraria que el Estado y sus organismos deben garantizar en materia económica, la amplia protección del derecho de propiedad, la libertad para desarrollar actividades empresariales y laborales, etc. En la sesión 384ª de la Comisión de Estudio, celebrada el 14 de junio de 1978, y que contó con la presencia de los ministros de Hacienda Sergio de Castro y de Economía Pablo Barahona, respectivamente, y del Fiscal del Banco Central Roberto

Guerrero, este último propuso los principios que eran importantes establecer en la Carta Fundamental, entre los que son relevantes recordar para este estudio los siguientes:

- 1º El principio de la libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, de comercio y de trabajo o profesional. Con el fin de resguardar adecuadamente esta libertad, las restricciones a la actividad productiva o profesional sólo debían establecerse por ley y siempre que se tratara de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etcétera, restringiendo la posibilidad de que órganos administrativos o intermedios pudieran fijar limitaciones a su ejercicio.
- 2º El segundo principio era fortalecer el derecho de propiedad de los medios de producción y de consumo, señalando la necesidad indispensable de que la expropiación sólo pudiera determinarse por ley por causales establecidas en la propia Constitución.
- 3º El tercer principio lo constituía la igualdad ante la ley en materia económica. Al respecto se señaló que nadie podía ser perjudicado o beneficiado arbitrariamente por decisiones de la autoridad, pues ello garantizaba un sistema de libertad económica y evitaba que ella pudiera erigirse en un árbitro, todopoderoso, benefactor o perjudicador de los individuos.
- 4º El cuarto principio estaba dado por la subsidiariedad del Estado, establecida ya en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno y en las pautas dadas por el Presidente de la Junta de Gobierno a la misma Comisión.

El principio de subsidiariedad vino a reforzar la libertad consustancial del ser humano en nuestro ordenamiento constitucional, pues limita la irrupción del Estado en la vida social en beneficio de la autonomía de la voluntad que ejercen los individuos, las familias y los grupos intermedios. En virtud de este principio, el Estado puede, sólo si el bien común lo exige, intervenir en materias de la competencia de sociedades inferiores o de individuos, pero en la medida indispensable para obtener el fin perseguido, procurando que su acción sea lo menos lesiva posible a los intereses y fueros propios de los cuerpos intermedios o de las personas. Eso sí, la subsidiariedad es auxilio, ayuda, pero jamás suplantación, reemplazo o eliminación por el Estado de los particulares que realizan actividades que primordialmente corresponden a ellos. No está de más recordar, que el Estado no tiene un fin en sí mismo, sino que su función es servicial en beneficio de las personas y de las sociedades intermedias.

Como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en STC 198/10:

“La Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto y, en consecuencia, toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo”.

Respetar el principio de subsidiariedad implica garantizar el derecho a la libre iniciativa privada en el campo económico. Este derecho fundamental resulta básico y primordial en la Carta de 1980, ya que por su intermedio se despliega la capacidad creadora de los individuos, dignificándose personalmente y proveyendo al desarrollo y mayor bienestar de la sociedad. La Comisión de Estudio entendió que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no es sino una proyección de la libertad personal.

La Constitución Política de la República de 1980 consagra así un Orden Público Económico que tiene como elementos esenciales el amplio ejercicio de la libertad y al mercado como principal distribuidor de los recursos, lo que supone no sólo una multiplicidad de demandantes, sino que también de oferentes que compitan por conquistar cuotas de mercado, ofreciendo condiciones más óptimas por sus servicios o productos.

2.0.- La garantía general del artículo 19, N° 26 de la Constitución.

La Constitución consagró en el artículo 19, N° 26.º una garantía general para resguardar los derechos fundamentales, reiterando así que éstos son anteriores y superiores al Estado y que a éste le corresponde reconocerlos, respetarlos y promoverlos, en conformidad al artículo 5.º, inciso segundo de la Constitución. Este numeral indica:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

“26.º La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta norma, considerada por el Tribunal Constitucional como “garantía general”(STC 43/21), tiene por objeto evitar que los preceptos legales puedan afectar el contenido esencial de un derecho o impedir su libre ejercicio. El Tribunal Constitucional ha descrito al artículo 19, N° 26.º, de la Constitución, señalando:

“Un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (STC 43/19 y STC 280/29).

En una interesante sentencia (STC 280/29), el Tribunal Constitucional ha aclarado aún más el objetivo que persigue el artículo 19, N° 26.º de la Constitución, manifestando:

“29º. Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47º).

El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular”.

De la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se colige que se “impide su libre ejercicio” cuando el legislador entraba un derecho “más de lo razonable” o lo hace en forma “imprudente”. El Tribunal ha indicado que los titulares e integrantes de los órganos del Estado “en el cumplimiento de su misión deben actuar con la debida “prudencia, equidad y mesura” (STC19/9), sosteniendo que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo “en forma prudente, y dentro de latitudes razonables” (STC 53/22). En STC 280/31 se indica:

“Que, el Ejecutivo, contestando, señala que para establecer el contenido esencial, debe examinarse, en consecuencia, en primer lugar, si el derecho se ha hecho impracticable, esto es, cuando pese a permanecer la vinculación con el objeto, esas facultades no pueden ejecutarse. En segundo lugar, debe establecerse si el derecho está dificultado más allá de lo razonable, a saber, que estas limitaciones no traspasen ciertos límites para convertirse en intolerables para su titular. En este punto, adquiere

importancia la necesidad de que las regulaciones, y en especial las limitativas de derechos, sean “razonables”, “prudentes” y/o “sensatas”; que no caigan en el capricho o la arbitrariedad, careciendo de justificación”.

Igualmente, argumentó que crear una situación inequitativa, carece de toda justificación. Esta “latitud razonable” conlleva la exigencia de que las regulaciones estén orientadas hacia el bien común y respeten, además, los principios inspiradores de la Constitución: la libertad, la igualdad, la subsidiariedad del Estado, entre otros.

Constituye, eso sí, un error considerar que el grado de limitación de los derechos derivada de la intervención estatal puede ser similar, si el Orden Público Económico, se caracteriza por la existencia de un Estado subsidiario o si éste asume un carácter benefactor o planificador. El marco de legitimidad de la actividad reguladora del Estado está circunscrito a la misión que constitucionalmente se le ha atribuido. De esta manera, el Estado debe reconocer en nuestro sistema constitucional como limitación a su actuar su carácter de ente subsidiario de los particulares, amparando y promoviendo la libertad consustancial del individuo.

Cabe recordar que lo que la Constitución protege es el “libre ejercicio” de los derechos, esto es, un ejercicio pleno, basado en la autonomía de la voluntad, consustancial del ser humano. No se trata así de resguardar un ejercicio limitado, concedido graciosamente por la autoridad, sino que un ejercicio amplio. Por ello, el artículo 19, N° 26.º de la Constitución protege tanto el contenido esencial del derecho, sin lo cual éste deja de ser lo que es, lo que viene a ser un límite absoluto para el legislador, pero igualmente un ámbito de expansión adecuado para su libre ejercicio, que está en relación a los demás derechos constitucionales, y cuya limitación sólo es posible en la medida en que sea razonable y prudente, en consideración a los objetivos que se persiguen. De esta manera, reconociendo la autonomía del legislador, éste no puede gravar o limitar un derecho, sino en una proporción razonable y prudente para los fines que persigue, lo que no sucede en el caso que motiva este requerimiento.

3.0.- El derecho a la seguridad social y el rol subsidiario del Estado.

La Constitución regula en el artículo 19, N° 18.º el derecho a la seguridad social, indicando:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

18º 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;”.

La Comisión de Estudio dedicó al análisis del actual artículo 19, N° 18, las sesiones 204ª y 205ª de fecha 27 y 28 de abril de 1976, y 403ª y 404ª celebradas ambas el 18 de junio de 1978, estas últimas al término de la elaboración del anteproyecto constitucional. Si bien a la luz de las primeras sesiones aún era perceptible una mayor regulación del Estado en el ámbito de la seguridad social, se impuso en definitiva la tesis de superar la situación imperante y restringir al Estado a una labor subsidiaria, permitiendo a los particulares sobre un mínimo común buscar fórmulas propias de seguridad social.

En las postrimerías de la redacción del texto del anteproyecto constitucional, la Comisión de Estudio se abocó nuevamente a este tema en las sesiones 403ª y 404ª, luego de discutirse la normativa referente al Orden Público Económico. A estas alturas de la redacción del texto constitucional, los principios ilustradores del orden público económico habían penetrado también en el ámbito de la seguridad social, entre ellos la

libertad individual y el rol subsidiario del Estado. Al respecto, el subsecretario de Previsión Social Alfonso Serrano reconoció en la Comisión de Estudio (Sesión 403ª, pág. 3229) la excesiva injerencia estatal que otorgaba el artículo 1.º, N° 21.º del Acta Constitucional N° 3 y señaló que

“la acción del Estado se dirigirá a garantizar el funcionamiento del sistema y a crear condiciones generales e igualitarias para el desarrollo de mecanismos de protección complementarios de aquél, de manera que el Estado no estará encargado de la gestión de los entes administrativos, y los particulares y las organizaciones intermedias tendrán bastante libertad para actuar en este campo”.

Fue el comisionado Sergio Díez quien en la Comisión de Estudio (Sesión 403ª, pág. 3230) armonizó las ideas básicas que en definitiva se consolidaron en la Constitución de 1980, indicando:

“Afirma que es mejor hablar de que la Constitución asegura a todos los habitantes el derecho a la seguridad social; que la ley regulará todo lo concerniente al ejercicio de este derecho y que establecerá un sistema que consagre prestaciones básicas uniformes y obligatorias, y respetará el principio de subsidiariedad y la integración con la economía del país; y que la acción del Estado estará dirigida a garantizar las prestaciones básicas del sistema y a crear las condiciones que favorezcan el desarrollo de regímenes de protección complementarios de aquél. Advierte que, de otro modo, lo anterior se prestaría para entender cualquier tipo de aventuras económicas con la garantía del Estado, el cual sólo adoptará las medidas que, como es lógico, guarden relación entre las prestaciones básicas y las imposiciones. Concluye que cada individuo debe correr el riesgo de afiliarse a los sistemas que ofrezcan beneficios adicionales, de acuerdo con las posibilidades que plantea la libre competencia”.

Más adelante el señor Enrique Ortúzar (Presidente) reiteró:

“Cree indispensable decir que los particulares podrán darse libremente los sistemas de seguridad social que estimen convenientes y siempre que cumplan con las prestaciones básicas mínimas establecidas por ley”.

Con posterioridad, el señor Sergio Díez propuso en la Comisión de Estudio (Sesión 403, pág. 3234) el texto que viene a ser la antesala del artículo 19 N° 18.º de la Constitución:

“La ley regulará todo lo concerniente al ejercicio de este derecho y establecerá uniformes prestaciones básicas y obligatorias.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes a dichas prestaciones básicas, tanto si se prestan por instituciones públicas como privadas, y a crear condiciones que favorezcan el desarrollo de mecanismos de protección complementaria”.

La idea fundamental fue que el Estado garantizara el acceso a prestaciones básicas, reconociendo a los particulares una amplia libertad para buscar sobre dicho mínimo otras opciones en el mercado, rechazándose expresamente la posibilidad de establecer un sistema estatal único, tal como pretende el proyecto de ley. Sobre este aspecto, el mismo comisionado Sergio Díez destacó en la Comisión de Estudio (Sesión 403ª, pág. 3235):

“a su juicio, la acción del Estado es un concepto mucho más amplio que la ley, ya que ésta es una de las formas que reviste aquélla. Aclara que pretende establecer en la Constitución, en forma obligatoria, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el goce de las prestaciones mínimas”.

En la sesión 403ª la Comisión facultó a la mesa para dar la redacción final al inciso, el que quedó de la siguiente forma:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

17º. El derecho a la seguridad social.

La ley regulará lo concerniente al ejercicio de este derecho y establecerá prestaciones básicas uniformes de carácter obligatorio.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de dichas prestaciones básicas, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, y a crear las condiciones que favorezcan el otorgamiento de beneficios complementarios”.

El Consejo de Estado analizó este artículo en la sesión 64ª, celebrada el 23 de enero de 1979, en la que consta lo que sigue:

“-Se deja testimonio de este juicio del señor Consejero y se aprueba el inciso por unanimidad.

Se lee y somete a discusión el inciso segundo del N° 17.º, según el cual “la ley regulará lo concerniente al ejercicio de este derecho y establecerá prestaciones básicas uniformes de carácter obligatorio”.

El Consejero señor Ibáñez, piensa que cabría dar a este precepto una redacción más breve y exacta, como podría ser, por ejemplo: “La ley establecerá prestaciones sociales básicas y uniformes”, a lo que la señora Ezquerro observa que tal cual está le parece a ella lo bastante claro, opinión a la que el señor Ortúzar agrega que, en realidad, la disposición comentada se refiere a dos cosas: a regular el ejercicio del derecho y a establecer las prestaciones. El señor Presidente propone decir: “La ley regulará lo concerniente al ejercicio de este derecho”; don Juvenal Hernández concuerda con esta indicación, pero, además, es partidario de suprimir la frase que sigue, y de referir todo el inciso tercero al “goce de las prestaciones básicas”.

Se sigue un debate en el que se proponen y analizan diversas alternativas en cuanto al mayor o menor alcance que debe darse al texto discutido. El señor Ortúzar explica que en su rechazo o aceptación está en juego el principio de subsidiariedad, ya que la frase observada tiende a aclarar que por sobre las “prestaciones básicas” no hay inconvenientes para que instituciones privadas puedan crear condiciones más favorables todavía; en tal caso, termina diciendo, queda entendido que el Estado debe apoyar el otorgamiento de esos beneficios complementarios, sin oponerse a ellos ni establecer patrones rígidos a su respecto.

El señor Presidente señala que la existencia de entidades privadas que puedan ofrecer mejores beneficios atenta contra los derechos de la colectividad, citando en apoyo de su afirmación el caso de las “cajas de compensación”, las que a su juicio atentan contra los principios de la seguridad social, pues, gracias a ellas, algunos grupos con remuneraciones más altas que la generalidad reciben prestaciones superiores a las percibidas por la mayoría de la población. Esto, como otros beneficios, entre los cuales menciona los concedidos a la mujer embarazada, se traduce en lo que se ha dado en llamar “efectos perversos de la legislación social”, pues al crearse beneficios aparentemente excepcionales para un grupo, a la postre se lo perjudica, y con él a otros. En su opinión, y en materia de seguridad social, las normas deben ser rígidas e iguales para todos, pues si se las deja en el campo de la libre iniciativa, se traducen en mayores descuentos, con el consiguiente aumento de jornales y perjuicios para los más pobres.

-A continuación y sobre la base del planteamiento formulado por el señor Presidente, precisan sus puntos de vista los Consejeros señora Ezquerro y señores Ortúzar e Ibáñez, expresando también sus ideas sobre el particular los señores Coloma y Cáceres. El debate se centra sobre la conveniencia o inconveniencia de consagrar institucionalmente la existencia de distintos servicios y regímenes de seguridad social y, después de discutirse diversas indicaciones de los señores Hernández e Ibáñez y señora

Ezquierda, relativas a la redacción del inciso, se acuerda, por unanimidad, sustituir el último inciso del artículo 19, N° 17.º, por el siguiente:

“La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y de carácter obligatorio, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”.

“El Estado supervisará su correcto funcionamiento”.

La discusión relativa al derecho a la seguridad social que tuvo lugar en el Consejo de Estado es particularmente relevante, pues se expresaron visiones diversas sobre la función del Estado y de los particulares sobre la materia, imponiéndose la tesis proveniente de la Comisión de Estudio, luego de la prevención realizada por don Enrique Ortúzar, rechazándose un Estado más protagónico, capaz de establecer normas rígidas e iguales para todos.

En la última etapa de redacción del texto constitucional, la Junta de Gobierno acordó en la sesión del 16 de julio de 1980 en lo que respecta a la extensión del derecho a la seguridad social escuchar previamente al ministro del Trabajo José Piñera, quien promovió luego el decreto ley N° 3.500, no existiendo antecedentes de dicha participación, pero debiéndose presumir que reafirmó los principios de libertad individual y subsidiariedad estatal que se plasmaron en la reforma previsional de la cual fue su autor. Con posterioridad, la Junta de Gobierno sustituyó la expresión “el Estado supervisará su correcto funcionamiento”, con lo cual se hacía alusión a las instituciones públicas o privadas que otorgaban las prestaciones básicas uniformes, por “el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”, cambiando así el énfasis de la competencia estatal de la supervisión del correcto funcionamiento de instituciones públicas o privadas a la supervigilancia del adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social. Al respecto, el Excmo. Tribunal Constitucional puede consultar el documento “Materias que corresponde decidir, previamente, antes de redactar. Acuerdos adoptados al respecto por la Excmo. Junta de Gobierno, en sesión de 16 de julio de 1980” contenidas en la recopilación: Constitución Política de Chile 1980, transcripciones y antecedentes, decreto ley N° 3.464, Tomo III, Fojas 670 y ss.

Este cambio no es menor, pues se sustituyó el verbo “supervisar”, que permitía una mayor irrupción en las acciones que emprendieran las instituciones públicas y privadas, facultando al Estado a ejercer una inspección superior en trabajos realizados por otros. Al remplazar dicho verbo por el de “supervigilar”, se atenuó esta función del Estado, estando ahora sólo autorizado para resguardar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, esto es, prestar cuidado y atención de que las personas ejercerán apropiadamente el derecho para acceder al goce de prestaciones básicas y uniformes, sin perjuicio de poder imponer cotizaciones obligatorias. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Vigésima Edición, 1992) “supervisar” es “ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros”. En lo que respecta a la palabra supervigilar, el mismo no la contempla como tal, pero sí los vocablos “super” y “vigilar”. “Super” significa “encima de” y “vigilancia”, “cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”.

Podemos así precisar que el Estado tiene un marco limitado de acción en el campo de la seguridad social, debiendo actuar, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional (STC 219/18), “dentro de los márgenes y con las limitaciones que ella establece”.

4.0.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y la no discriminación arbitraria en materia económica

Los incisos primero de los numerales 21.º y 22.º del artículo 19 de la Constitución prescriben:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

21°. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

La Comisión de Estudio reconoció en su anteproyecto “la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica”, transformándola el Consejo de Estado en un “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica”.

Este derecho, conocido también por la doctrina como “libertad de empresa” implica en la práctica un ejercicio de diversos derechos fundamentales, por lo que incluso en la ausencia de normas constitucionales expresas, su respeto deriva de la consagración de otros derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El Tribunal Constitucional (STC 146/8) ha interpretado el artículo 19, N° 21.º de la Constitución, señalando:

“8º Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21.º, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional;”.

El amplio reconocimiento y protección del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica tiene diversos fundamentos, entre los que cabe destacar particularmente que es parte consustancial de la libertad del individuo a optar por su propio desarrollo, a buscar caminos de satisfacción y de crecimiento personal, lo que conlleva un ejercicio práctico de la capacidad de emprender desafíos y de asumir riesgos. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que este derecho es de fundamental importancia para los individuos, pues permite desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas (STC 226/ 41 y ss.).

Un objetivo prioritario del ejercicio de cualquiera actividad económica es la producción de bienes o servicios con el objeto de generar beneficios, sean éstos utilidades, remanentes u otros. Comprende, así, necesariamente el derecho de acceder al mercado ofertando bienes y servicios, fijando libremente la oportunidad y las condiciones de hacerlo, incluido el derecho a formar nuevas empresas o a adquirir otras existentes, etc. Igualmente implica el derecho de permanecer en el mercado y de competir, respetando las normas generales de competencia y los derechos de los consumidores. Parte importante del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica es igualmente la libertad de inversión, esto es, el derecho de decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de los recursos para la consecución de los fines empresariales, fijando las políticas comerciales, entre las que cabe considerar, los precios y los posibles márgenes de utilidad. Esto es tal, pues el derecho a desarrollar libremente actividad económica lleva consigo, lógicamente, el derecho a optar por beneficios, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida. El beneficio es, además, un reconocimiento a que su accionar satisface necesidades sociales o individuales, por las cuales los demandantes están dispuestos a pagar.

En nuestro sistema constitucional la libertad es amplia, pues abarca “cualquiera actividad económica”, mientras no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y se respeten las normas legales que la regulan. El constituyente estableció en la propia Carta Magna, en forma taxativa, las prohibiciones para la libertad de empresa y confió al legislador una actividad restringida, pues sólo puede

regular una actividad, mas no entabrar o menoscabar su ejercicio en términos que contravenga la garantía general del artículo 19, N° 26.º de la Constitución.

La actividad económica, además, está protegida desde una perspectiva de la empresa, esto es, de un cuerpo intermedio. Esto es tal, pues la empresa es una asociación constituida principalmente para ejercer el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, estando el beneficio económico al que tienden u optan, resguardado por el derecho a la propiedad. La Constitución reconoce a los grupos intermedios un rol trascendente, pues a través de ellos se organiza y estructura la sociedad, debiendo el Estado ampararlos e igualmente garantizar la adecuada autonomía para que cumplan sus propios fines específicos. Sobre el particular nuestra Excm. Corte Suprema ha dictaminado:

“4º.- Que la autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad, algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico” (Así, RDJ, Tomo LXXXII, enero-abril 1995, N° 1, p. 3 como en RDJ, Tomo Segunda Parte, Sección Quinta, págs. 78 y ss. Véase también STC 226/29).

El Tribunal Constitucional (STC 146/8, y 9) interpretando el artículo 19, N° 21.º de la Constitución ha sentenciado:

“9º Que, del tenor del artículo 19, N° 21.º, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: “Ajustado y conforme a reglas”. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme con las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad”.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional indicó que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de fundamental importancia para los individuos, pues permite desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas (STC 226/ 41 y ss.).

Así, regular una actividad económica comprende determinar la forma en que debe ejercerse el derecho, pero ello no habilita para utilizar esta reglamentación para afectar el derecho en su esencia ni para imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

5.0.- El respeto y protección a la vida privada de la persona y de su familia y el registro de documentos.

Una sociedad democrática tiene como uno de sus fundamentos distinguir entre el ámbito público y privado, entendiendo que el respeto a la dignidad personal es base y sustento del sistema mismo. Por ello, la evolución del constitucionalismo ha conllevado igualmente un mayor resguardo de la vida privada de las personas, considerando que los nuevos sistemas informáticos permiten, reuniendo datos dispersos, llegar a develar estos ámbitos. El derecho a la intimidad es, así, junto con el derecho al honor y a la propia imagen, expresiones esenciales del derecho de la personalidad y del valor de la dignidad humana.

La Constitución se preocupa de este tema en el artículo 19, numerales 4.º y 5.º, los que prescriben en aquella parte que nos interesa:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4º. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.(...)

5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”.

Si bien el respeto y protección a la vida privada de la persona y de su familia es una materia que admite algunos límites difusos, la vida sexual, marital y extramarital, la salud personal y familiar e incluso aspectos propios de la vida laboral, como las remuneraciones percibidas, son elementos esenciales de la vida privada y en algunos casos íntima de la persona, asumidos como tal por la doctrina (Eduardo Meins O., Consideraciones sobre la acción de hábeas data, en: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ius ex Praxis, Año 3, N° 1, Talca, Chile, 1997, págs. 219 y ss.), por lo que no pueden difundirse ni colocarse en sistemas públicos de información, sin el consentimiento libre de a quienes se refiere, salvo la existencia de un hecho o circunstancia de gran relevancia social.

Por otro lado, y como una forma de resguardar también el derecho a la intimidad,

el artículo 19, N° 5.º de la Constitución prescribe que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, exigiendo así al legislador ejercer esta función con extrema prudencia, tanto en los casos que excepciona expresamente como en el procedimiento para llevarlos a cabo. Las excepciones deben, de acuerdo con texto constitucional, ser establecidas en una disposición de rango legal, con carácter expreso, señalando en forma precisa los casos en que se puede interceptar, abrir o interceptarse la documentación privada, como al igual el procedimiento para realizar tal acción.

6.0.- El derecho de propiedad y los fondos previsionales.

Uno de los aspectos centrales del Orden Público Económico fue proteger ampliamente el derecho de propiedad, indicando el artículo 19, N° 24.º de la Constitución en sus incisos primero, segundo y tercero:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

24º. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo 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 de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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”.

La Constitución reconoce y resguarda ampliamente el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales, distinguiendo luego entre la privación y las limitaciones al dominio. Mientras que el dominio puede ser privado mediante el procedimiento expropiatorio por causa de utilidad pública o de interés nacional, el fundamento de las limitaciones y obligaciones al dominio derivan de la función social de la propiedad. “Privar”, implica según el Diccionario de la Real Academia antes citado “despojar a uno de una cosa que poseía”, mientras que “limitar” importa “acortar, cerrar, restringir”.

Sin embargo, una limitación deriva en privación, si se imponen tales cargas o restricciones al dominio, que cercenan de manera relevante sus atributos o facultades esenciales. Si bien el constituyente no definió el concepto de “función social”, señaló expresamente cuáles son sus elementos, siendo tales cuanto lo exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Esta delimitación del concepto de “función social” es de suma relevancia, pues impide que el legislador pueda restringir la propiedad sobre la base de elementos diversos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha declarado como un principio general la responsabilidad del Estado por los daños que cause, lo que conlleva que una limitación al derecho de propiedad puede derivar en inconstitucional, si no va aparejada de una indemnización. Así, en STC 245-246 /36 y 38° de la misma sentencia indicó:

“Que, en sentencia de la Corte Suprema de Comunidad Galletué con Fisco, de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743, se planteó el problema del pago de indemnizaciones por las limitaciones al dominio impuestas en períodos de normalidad política. Sobre el particular, la Corte Suprema expresó en el considerando N° 12°: “Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 N° 7 letra i), de la Carta dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su N° 8° prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción”.

Hemos realizado esta referencia al derecho de propiedad, ya que los fondos previsionales en el nuevo sistema establecido por el decreto ley N° 3.500 son de propiedad del afiliado y no del Estado ni de la Administradora de Fondos de Pensiones. Recordar esto es fundamental, pues la esencia del nuevo sistema se basa en la capitalización individual y no en un sistema solidario de reparto. Al respecto, el artículo 33, inciso primero del decreto ley N° 3.500 indica que el fondo de pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquél, el artículo 17 del mismo decreto ley prescribe que los trabajadores afiliados al sistema estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de “sus remuneraciones y rentas imponibles”

y el artículo 18 permite a los trabajadores efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización individual. Además, el Reglamento del decreto ley N° 3.500 (Decreto Supremo N° 35, publicado en el Diario Oficial de fecha 28 de marzo de 1991), reitera que los fondos previsionales son de propiedad del trabajador.

Claro resulta, entonces, que siendo los fondos previsionales de propiedad de los afiliados y estando la acción del Estado circunscrita a garantizar únicamente prestaciones básicas y uniformes, mal puede éste imponer restricciones que excedan aquéllas, pues ello constituye una limitación al uso, goce y disposición de la propiedad no autorizado por el artículo 19, N° 18.º, ni permitido por el artículo 19, N° 24.º de la Constitución.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 61 y 61 BIS DEL PROYECTO DE LEY.

1. Sistema único y obligatorio excede el ámbito de regulación del Estado autorizado por la Constitución en el artículo 19, N° 18, al extender su regulación a aquellas rentas vitalicias que exceden las prestaciones básicas y uniformes.

Como ya lo hemos analizado, al Estado le compete, según el artículo 19, N° 18 de la Constitución, una actividad restringida en el ámbito de la seguridad social, tal es, garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, pudiendo establecer cotizaciones obligatorias. El propio artículo 60, N° 4.º de la Constitución reafirma esta idea al establecer que sólo son materias de ley las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social. Reiteramos Excmo. Tribunal, que el Estado sólo tiene una labor limitada en esta materia, pues los fondos previsionales son de propiedad privada, existiendo una vez alcanzadas las prestaciones básicas y uniformes amplia libertad de contratación, de acuerdo a las normas generales derivadas del Orden Público Económico. Nuevamente sobre el particular nos vemos en la necesidad de citar al comisionado Sergio Díez, quien señaló en la sesión 403, pág. 3230:

“Concluye que cada individuo debe correr el riesgo de afiliarse a los sistemas que ofrezcan beneficios adicionales, de acuerdo con las posibilidades que plantea la libre competencia”.

El ámbito de la regulación legal prevista en el proyecto de ley excede de esta manera la misión estatal e irrumpe sin fundamento ni autorización en aspectos propios de la libertad individual y del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, afectando también el derecho de propiedad y el derecho a la intimidad.

El artículo 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley regula en forma detallada y en sus aspectos más esenciales el mercado de las rentas vitalicias, incluso aquellas superiores a las prestaciones básicas y uniformes a que alude la Constitución en el artículo 19, N° 18.º, impidiendo que se ofrezcan y contraten rentas vitalicias con cobertura especial. Así, el inciso cuarto del artículo 61 bis precisa:

“Para estos efectos, se entenderá por renta vitalicia sin condiciones especiales de cobertura, aquélla que contempla el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia sólo a los beneficiarios establecidos en el artículo 5º y cuyos montos de pensión se ajusten a los porcentajes establecidos en el artículo 58”.

Esto implica, que no se podrán destinar dichos fondos, en caso de ausencia de beneficiarios legales, para otras personas designadas por el afiliado. Se condiciona, además, al legítimo propietario a seguir un proceso obligatorio y engorroso para disponer de sus fondos previsionales, conminándolo a entregar a la publicidad información privada e íntima de él como de su familia.

Se invade, así, un aspecto sometido a la decisión individual y a las reglas del libre mercado, sin estar comprometida la moral, el orden público o la seguridad nacional, aspectos que permitirían limitar el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (art. 19, N° 21.º de la Constitución), atentando igualmente en contra de otros derechos fundamentales, como es el derecho de propiedad y a la intimidad.

El sistema establecido, viola la libre disposición sobre los fondos previsionales, eliminar la contratación de condiciones especiales de cobertura, priva destinar los fondos a beneficiarios adicionales y obliga entregar información privada e íntima del afiliado, constituyendo una reglamentación que impone condiciones y requisitos inconstitucionales.

2. Sistema de contratación obligatoria definido por ley afecta el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos previsionales.

El afiliado tiene el dominio sobre sus fondos previsionales, pudiendo éste elegir la modalidad de pensión a que aspira, acogerse a ella antes de cumplir la edad legal en caso de contar con fondos suficientes para financiar su pensión e incluso disponer de los excedentes, pudiéndolos retirar. Por ello, goza de una amplia libertad de contratación y el Estado sólo garantiza la pensión mínima.

En el sistema propuesto por el proyecto de ley, el afiliado está obligado a entregar sus fondos previsionales a una determinada compañía de seguros que no elige directamente, sino que se establece mediante un mecanismo obligatorio de remate o negociación, sin que pueda preferir a otra, imponiéndole así la ley el riesgo de la solvencia futura de una compañía de seguros que no eligió libremente. Esta regulación afecta el legítimo derecho del afiliado para usar, gozar y disponer de sus fondos previsionales, pues es el Estado quien lo conmina a elegir dentro de opciones limitadas y sobre la base de elementos de selección por él establecidos, incluso respecto de aquella parte de sus fondos que excedan las prestaciones básicas y uniformes a que alude la Constitución.

Esta situación constituye una inconstitucionalidad manifiesta, si se considera que actualmente el Estado sólo responde de las prestaciones básicas y uniformes, toda vez que son los propios particulares quienes deciden libremente por el destino de sus fondos previsionales, especialmente aquellos que exceden para financiar las pensiones mínimas. Sin embargo, el mismo Estado que compele con este proyecto de ley a un particular a asumir con una determinada compañía una renta vitalicia, no se responsabiliza en un 100% del su pago en caso de falencia de la aseguradora, sino que lo realiza únicamente respecto de la pensión mínima, más un porcentaje de un 75 % por sobre dicha pensión mínima, con un tope de 42 unidades de fomento (art. 82 del D.L. N° 3.500).

¿No considera abusivo S.S. Excelentísima, que el Estado conmine a un particular a entregar sus ahorros previsionales a una compañía de seguros que no pudo libremente elegir, pero que no responda del daño eventual que pueda causar, por insolvencia posterior de ésta?

Este no es un evento menor, considerando que las compañías aseguradoras deben competir únicamente sobre la base de la renta a pagar y no por los servicios anexos de atención al cliente, solidez institucional, ubicación geográfica u otros, lo que conducirá irremediabilmente a asumir mayores riesgos, los que redundarán, en caso de falencia de éstas, en perjuicio de los asegurados.

En el sistema actualmente vigente, la libertad es la norma y las limitaciones se circunscriben únicamente a garantizar las pensiones mínimas, por lo que el Estado garantiza éstas, pero reconoce amplia libertad contractual, inclusive para realizar retiros, aportes extraordinarios, etc., a los afiliados.

Consideramos que el Estado carece de atribuciones para obligar a los particulares a transar sus fondos con determinadas compañías, pero incluso si las tuviera, debe lógicamente garantizar íntegramente las rentas vitalicias contratadas y responsabilizarse por el daño que pueda causar el sistema obligatorio de acceso a las rentas vitalicias que pretende imponer.

La situación actual es no sólo absurda en sí, sino que además, inconstitucional, pues afecta el artículo 19, N° 24 de la Constitución en cuanto a la facultad de disposición, uno de los atributos inherente al dominio. En esta temática hacemos nuestro lo señalado por Eduardo Miranda Salas y Eduardo Rodríguez Silva, Análisis del Sistema de Fondos de Pensiones, Perspectivas de Interrogantes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, pág. 125, que en una publicación académica aseveran:

“La reciente iniciativa de la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones de presentar ante el afiliado una cobertura informativa más amplia de las diferentes ofertas de pensión que puedan hacer los organismos aseguradores, en parte neutraliza la influencia de los agentes comisionistas, pero no precisa sobre los riesgos implícitos del cálculo actuarial, ni de la garantía del asegurador para cumplir totalmente con el compromiso ofrecido. Ciertamente es que en caso de falencia de una Compañía de Seguros, el Estado interviene garantizando la continuidad del pago de la pensión y su costo, pero sobre la base de reducir el monto”.

El sistema es además inconstitucional, pues elimina la posibilidad de disponer de los fondos previsionales para los beneficiarios adicionales. Esto es tal, pues en el sistema actual vigente, en caso de que un afiliado opte por renta vitalicia con períodos garantizados puede en vida, en el evento de no tener beneficiarios obligatorios, libremente designar y cambiar, las veces que desee los beneficiarios adicionales. La modificación propuesta en el artículo 61 bis, sin embargo, limita los beneficiarios únicamente a los que indica el artículo 5° del decreto ley N° 3.500, no pudiendo fijar otros beneficiarios adicionales, como sucede en la actualidad, en ausencia de éstos. Así, quien no tiene beneficiarios obligatorios (cónyuge sobreviviente, hijos legítimos, naturales o adoptivos y los padres o la madre de los hijos naturales, según la terminología del artículo 5° aludido), no tendrá la posibilidad de destinar sus fondos a otros beneficiarios adicionales, lo que afecta el artículo 19, N° 24.° de la Constitución. A manera de ejemplo, un afiliado viudo, con hijos mayores de edad no podrá dejar como beneficiarios adicionales a una nieta o sobrina, afectando así la esencia misma de la facultad de disposición sobre sus fondos previsionales, incluso aquellos que exceden la pensión mínima, pues la modificación legal propuesta beneficia únicamente a los del artículo 5°. En éste, como en otros casos, se produce una privación absoluta que causa daño. Si bien ello se impone facilitar las cotizaciones por las Compañías de Seguros de Vida, afecta la facultad de disposición del afiliado sobre sus fondos previsionales.

¿Qué fundamento constitucional puede tener un proyecto de ley, V.E., que impide a los legítimos propietarios de los fondos previsionales disponer de su patrimonio, prohibiéndoles celebrar contratos hoy válidos?

La única explicación para ello es la necesidad de instituir centralizadamente, desde una oficina burocrática, un número limitado de opciones para así lograr concretar un sistema cerrado que permita parametrizar la información y generar más fácilmente un sistema de licitación electrónica que admita la comparación de ofertas. Es claro, Excmo. Tribunal Constitucional, que este proyecto, al instituir un sistema cerrado y obligatorio, contraría la esencia misma de nuestro sistema constitucional, basado en la libertad del individuo y no en el carácter planificador y regulador del Estado.

3. Sistema de contratación obligatoria definido por el proyecto de ley afecta la libertad consustancial de los afiliados resguardados por los artículos 1º y 19, N° 21 de la Constitución.

El sistema obligatorio de acceso a una renta vitalicia previsto en los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley contrarían la libertad consustancial del ser humano y especialmente el derecho de libre contratación, incorporado en el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que le está reconocido a todas las personas. Esto es tal, pues el Estado obliga al afiliado a adjudicar los fondos previsionales a determinadas compañías, imputándole al asegurado perentoriamente una cantidad limitada de opciones, impidiéndole sin fundamento plausible considerar otras variables. Consideramos que afecta la libertad de contratación en su esencia y causa daño al afiliado, al imponerle obligatoriamente un sistema cerrado de contratación, como al prohibirle igualmente considerar otras ofertas que puedan realizarse.

Así, el sistema propuesto exige contratar rentas vitalicias “sin condiciones especiales de cobertura”, lo que es inconstitucional, pues sin fundamento se declara proscrita una opción hoy válida y existente en el mercado. Así es como el afiliado deberá necesariamente limitarse a considerar las ofertas que formulen determinadas compañías, las que deben, además, circunscribirse únicamente a aquellos elementos que establece la ley, sin considerar otras posibilidades y beneficios para el afiliado. De esta manera, el futuro pensionado no podrá elegir a una Compañía de Seguros que cuente con una oficina de atención cercana a su domicilio, o que le brinde sistemas de pago más convenientes, o atención personalizada respecto de la obtención de los beneficios garantizados por el Estado, tales como garantía estatal, bonos de invierno, asignaciones familiares, etc.

¿Qué sucederá con aquellas personas de regiones que se le adjudiquen sus fondos previsionales a una Compañía de Seguros extranjera, que cuente únicamente con una oficina en el Centro de Santiago?

¿Cómo absolverán sus dudas los afiliados a quienes anualmente se les solicite por correo actualizar la información para la obtención de estos beneficios?

Sin lugar a dudas, Excmo. Tribunal Constitucional, la licitación electrónica, al reducir la decisión únicamente a un factor monetario, esto es, la pensión a pagar, prescinde de otros factores también relevantes para los afiliados, como lo es la confianza, la cercanía física, la atención personalizada, etc., y genera un incentivo perverso, como es desentenderse con posterioridad del afiliado.

Además, se desconoce el derecho del afiliado a determinar no sólo sus beneficiarios adicionales, sino que igualmente a pactar condiciones o circunstancias diferentes de contratación, como es el caso de las “rentas vitalicias con períodos garantizados”. Éstas se caracterizan porque se pacta una determinada renta para ser pagada por un determinado plazo de tiempo, en términos tales que si el afiliado fallece con anterioridad, los beneficiarios legales o adicionales, en su caso, tienen derecho a ella por el tiempo restante en un 100%, sin perjuicio de que con posterioridad los beneficiarios legales correspondientes reciban las pensiones de sobrevivencia a que alude el artículo 58 del decreto ley N° 3.500.

Desde la perspectiva de las compañías de seguros, el sistema imposibilita terminantemente celebrar contratos de rentas vitalicias con condiciones especiales de cobertura con los futuros pensionados, es decir, prohíbe el ejercicio de una actividad económica, hoy válida y vigente, sin fundamento plausible de acuerdo a la normativa fundamental. El sistema previsto busca reglamentar el producto (renta vitalicia) que deben ofrecer y la forma de realizar la oferta. Esta regulación legal priva al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica de algunos de sus atributos esenciales, como

es definir el tipo de producción (rentas vitalicias), con todas sus especificaciones y enmiendas, petrificando un sistema único, y la forma o proceso de comercialización, siendo así inconstitucional. Igualmente, la nueva exigencia consagrada en el inciso primero del artículo 61 bis, relativo a que las Compañías de Seguro tengan la calificación de al menos A para optar al mercado de las rentas vitalicias, limita aún más la cantidad de oferentes en desmedro de los afiliados, concentra el mercado y establece una privación de ingreso a este mercado que afecta el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, garantizado por nuestra Carta Fundamental.

4. Sistema de contratación obligatoria definido por ley afecta el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas garantizadas en el artículo 19, N° 4° y 5° de la Constitución.

El artículo 61 bis, inciso segundo, indica:

“Al requerir de las Compañías de Seguros de Vida las ofertas sobre montos de pensión, la Administradora estará obligada a proporcionar información del afiliado y su grupo familiar, si lo hubiera. Esta deberá referirse, a lo menos, al nombre; cédula nacional de identidad; domicilio; monto nominal y fecha de emisión del Bono de Reconocimiento, cuando corresponda, y saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado, como también a la fecha de nacimiento y sexo del afiliado y sus beneficiarios”.

Si bien el sistema de transmisión electrónica de datos permite un remate más transparente entre las compañías de seguros interesadas, es esta misma transparencia la que afecta la privacidad del afiliado y de su familia y es, consecuentemente, inconstitucional, pues se violan los artículos 19, N° 4 y 5 de la Constitución. Ello es tal, pues para que el sistema funcione es necesario proporcionar datos que son propios de la vida privada e íntima del afiliado, como son aquellos de su vida sexual (hijos matrimoniales y extramatrimoniales), de su vida sentimental (ejemplo de beneficiarios adicionales, con los cuales se mantiene una relación de pareja y que no tiene por qué darse a conocer) e incluso antecedentes relativos a la salud del trabajador (en caso de haberse solicitado previamente a la AFP pensiones de invalidez por enfermedades psíquicas, sida, etc.).

Esto implica, en la práctica, que el funcionamiento del sistema supone invadir la esfera privada de la persona, condicionándola necesariamente a facilitar sus antecedentes para poder usar, gozar y disponer de sus ahorros previsionales, colocando en un sistema público de transmisión de datos, antecedentes privados que pueden ser comercializados y adquiridos por terceros, tal como lo permite el artículo 61 bis antes citado.

El proyecto de ley llega, además, al absurdo de establecer la identificación de las personas, pero incluso en caso de no hacerlo, la tecnología informática permite multiplicar ilimitadamente la capacidad de información y reconstruir, a través de datos parciales y desvinculados, la identidad de las personas y los antecedentes más relevantes de su vida íntima.

¿Puede acaso, V.E., considerar constitucional que una persona para optar a una renta vitalicia haciendo uso de sus fondos previsionales, deba publicitar sus antecedentes más íntimos relativos a su vida sexual, familiar, de salud y remuneracional, al ser puestos éstos obligatoriamente en una base pública de datos, que permiten su plena identificación y que puede ser comercializada y adquirida por terceros?

Ello es, así, una situación inconstitucional y rechazable, pues contraviene el artículo 19, N° 4.º y 5.º de la Constitución.

Como lo ha indicado también la doctrina (María Belén Cardona Ruber, El Derecho a la Intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador, en: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ius ex Praxis, Año 4, N° 2, Talca, Chile, 1998, pág. 108):

“Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad goza de un doble ámbito de poder, por una parte, la facultad de impedir la toma de conocimientos injustificada o intrusiva, y por la otra, el derecho a oponerse a la instrumentalización de su conocimiento mediante la divulgación ilegítima”.

Es más; el artículo propuesto no establece un número de antecedentes fijos a proporcionar, sino que más bien exige a todo evento entregar una información mínima, pues utiliza la expresión “a lo menos”. Esto significa, en otras palabras, que las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán entregar al sistema especial de transmisión de datos, antecedentes tan privados como las solicitudes de calificación de invalidez presentadas por afiliados para optar a una pensión de invalidez, por causales tales como enfermedades psíquicas o fisiológicas (demencia, sida, cáncer, etc.). Esto es tal, pues el artículo 65 bis de la actual ley indica: “Los afiliados declarados inválidos parciales, una vez ejecutoriado el segundo dictamen, podrán acogerse a alguna de las modalidades de pensión del artículo 61”, esto es, renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida o retiro programado.

Reiteramos nuevamente al Excmo. Tribunal Constitucional la importancia de defender al ciudadano frente a las intromisiones estatales, que develan antecedentes privados e íntimos, personales y familiares. Al respecto, hacemos presente a V.E, que el Tribunal Constitucional Federal alemán en un memorable fallo (Volkszählungsurteil, el que puede consultarse en <http://www.uni-kiel.de/FS-Jura/gericht/>), declaró inconstitucional un censo poblacional que recopilaba diversos antecedentes personales, aun cuando no exigía la identificación individual, pues el cruce de dichos datos permitían mediante sistemas informáticos acceder a aspectos personales e íntimos.

Obligar, por ello, a una persona a brindar esta información en forma obligatoria a un sistema público para acceder al goce de su patrimonio, la cual podrá ser ofertada a terceros, lucrando con ella, constituye una violación al artículo 19, N° 4.º que garantiza el respeto y protección a la vida privada de la persona y de su familia, más aún cuando se exige la identificación plena del afiliado.

5. Sistema de contratación obligatoria permite a las Superintendencias de AFP y de Valores y Seguros regular materias de ley en conformidad al artículo 19, N° 5 de la Constitución.

Por otra parte, el proyecto de ley establece en el artículo 61 bis:

“Una norma de carácter general, que dictarán conjuntamente las Superintendencias de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Valores y Seguros, regulará las materias relacionadas con el funcionamiento del sistema de información, consultas y ofertas de montos de pensión. Podrán requerir la información de este sistema otras instituciones distintas de las Administradoras y Compañías de Seguros de Vida, sólo con el objeto de obtener antecedentes sobre alternativas y montos de pensión para los afiliados que lo soliciten. Las entidades administradoras del sistema de transmisión de datos podrán cobrar a las Administradoras, a las Compañías de Seguros de Vida y a otras instituciones, por los servicios que éstas utilicen.

El artículo 19, N° 5.º prescribe expresamente que las comunicaciones y los documentos privados sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. El constituyente en esta materia ha sido extremadamente cauteloso, pues ha ordenado expresamente, en forma perentoria, que sea el legislador y no el administrador quien regule esta materia, dada la trascendencia social de los ámbitos involucrados.

En la disposición del proyecto de ley antes citada, sin embargo, se está confiriendo a las Superintendencias de AFP y de Valores y Seguros la facultad de regular las materias relacionadas con el funcionamiento del sistema de información y consultas, es decir, el ámbito de los antecedentes a proporcionar y la oportunidad de hacerlo, sin limitación alguna ni en cuanto a la determinación de los derechos que pueden ser afectados ni en lo que respecta a especificidad de las medidas que se autorizan.

Reiteramos sobre esta materia, que debe ser el legislador y no el administrador, quien debe regular expresamente los casos y formas en que las comunicaciones y los documentos privados sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse.

Consta en el Segundo informe de las Comisiones de Hacienda y de Trabajo y Seguridad Social (pág. 5) al respecto lo siguiente:

“La indicación sustituye este mecanismo por una facultad a ambas Superintendencias para dictar normas generales que implementen un sistema de información. Explicó el señor superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones que la idea es dar mayor flexibilidad a la gestión de dicho sistema, porque no es conveniente definir anticipadamente sus modalidades”.

Pues bien, Excmo. Tribunal, la Constitución obliga al legislador a definir anticipadamente las modalidades en que el derecho será limitado y no permite que la autoridad administrativa lo decida, aspecto que el proyecto de ley realiza. Es más; en el caso hipotético de aceptarse que el administrador puede asumir tal función, el Tribunal ha exigido que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”, es decir, que se señalen, en forma concreta, en la norma legal, los derechos que puedan ser afectados y que se indique, de manera precisa, las medidas específicas que pueden adoptarse con tal finalidad (STC 325/40). Estas circunstancias no concurren en la norma que objetamos. El artículo 61 bis prescribe, además, que la AFP estará obligada a proporcionar la información del afiliado y de su grupo familiar, conteniendo luego una enumeración mínima, no taxativa de elementos a proporcionar, utilizando para este objeto la expresión “a lo menos”. Consecuentemente, serán las dos Superintendencias antes nombradas las que decidirán que otra información deberá incluirse en esta base de datos, pudiendo aumentar las interferencias a las comunicaciones privadas entre los afiliados y las Administradoras de Fondos de Pensiones sin respeto alguno a lo que establece el artículo 19, N° 5 de la Constitución.

Este sistema de información y transmisión de datos viola el mandato constitucional, pues delega al administrador la regulación de este derecho fundamental, y lo hace, además, en una forma tal, que no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni los casos precisos como debe aplicarse, dejando a la autoridad administrativa una atribución propia y exclusiva que el constituyente ha confiado al legislador.

Se transgrede así el mandato expreso del constituyente, como al igual la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional contemplada en la sentencia Rol N° 325 de fecha 26 de junio de 2001, especialmente en el Considerando 40°.

Por tanto, con el mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo dispuesto en el artículo 82 N° 2 e inciso cuarto de dicho artículo de la Constitución Política y de acuerdo a lo indicado en los artículos 38 y siguientes de la ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional del 19 de mayo de 1981,

A V.E. solicitamos, se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento, darle curso y, en definitiva, acogerlo íntegramente, declarando que son

inconstitucionales los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto de ley por el cual se modifica el decreto ley N° 3.500, de 1980, estableciendo normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (Boletín N° 1148-05), por contravenir los artículos 1°, 19 N° 4°, 5°, 18°, 21°, 24° y 26° de la Constitución.

Primer otrosí: Rogamos a V.E. tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Diario de la sesión del honorable Senado de fecha 12 de junio de 2000 en el que consta que los honorables senadores Hernán Larraín, Sergio Díez y Jovino Novoa hicieron reserva de constitucionalidad; y, el
- b) Segundo informe de Hacienda y de Trabajo y Previsión Social unidas que contiene el texto del proyecto de ley que objetamos por inconstitucional.
- c) Oficio por el cual el honorable Senado comunica a la honorable Cámara de Diputados el oficio aprobado.

Segundo otrosí: Sírvase V.E. tener presente que este requerimiento lo hacemos habiendo cumplido los requisitos que, al efecto, exige la Carta Fundamental y la ley Orgánica Constitucional respectiva y que V.E. ha precisado en diversas sentencias, esto es, que:

1. Se ha suscitado una cuestión de constitucionalidad, es decir, un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional, en el seno del Poder Legislativo. Las normas constitucionales respecto de las cuales hay discrepancia son los artículos 1°, 19 N° 4, 5, 18, 24 y 26 de la Constitución.
2. Dicha discrepancia se ha producido respecto de los artículos 61, incisos tercero y cuarto, y 61 bis del proyecto de ley Boletín N° 1148-05.
3. Se trata de discrepancias precisas y concretas.
4. La cuestión de constitucionalidad se ha suscitado durante el transcurso de la discusión del proyecto de ley en la Sala de la Corporación.
5. Que el proyecto de ley se encuentra en actual tramitación ante el honorable Senado.

Acompañamos al final de este escrito la nómina de los senadores firmantes del presente requerimiento, con certificado de la Secretaría del honorable Senado sobre el hecho de encontrarnos en ejercicio y de constituir la proporción de senadores que exige la Constitución para presentar este requerimiento. Asimismo, hacemos presente que el Secretario del honorable Senado ha procedido a la autorización de nuestras firmas.

Tercero otrosí: Para todos los efectos de la tramitación de este requerimiento designamos como nuestro representante al honorable senador Hernán Larraín Fernández, domiciliado para estos efectos en el Edificio del Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n, ciudad de Valparaíso y otorgamos patrocinio y poder al abogado don Teodoro Ribera Neumann, con domicilio en Morandé 322, Oficina 502 de Santiago.

AL SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
DON LUIS PARETO GONZÁLEZ
PRESENTE