

Claudia Sanhueza

Viejos y pobres

Ideas para el futuro
de nuestras pensiones

PAIDÓS



1. El mito de la seguridad social

El actual sistema de pensiones chileno se sustenta básicamente en tres cuerpos normativos: la Constitución de 1980, que señala el derecho a la seguridad social; el Decreto Ley 3.500 de 1980, que crea el sistema de AFP; y la Ley 20.255 de 2008, que conforma el Sistema de Pensiones Solidarias.

Lo que señala la Constitución de 1980 respecto al derecho a la seguridad social es lo suficientemente amplio y general para materializar sin contradicción un sistema de capitalización individual, cuando, en realidad, no es lo que se conoce como seguridad social. Es más, esta redacción tampoco impide que la ley pueda establecer un real sistema de seguridad social, es decir, uno que cumpla con los principios de suavizar el consumo, suficiencia y solidaridad. El problema es más bien político, lo que, en todo caso, también es un debate constitucional. Y junto con eso, el conocido principio de subsidiariedad que podría impedir, vía Tribunal Constitucional, la creación de un ente público como única

institución a cargo de recaudar las cotizaciones obligatorias.

Específicamente, en el artículo 19, la Constitución de 1980 describe el derecho a la seguridad social y enumera y describe deberes: “Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de *quorum* 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; y el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Las leyes de *quorum* calificado son aquellas que para ser modificadas deben contar con la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio; es decir, 78 de 155 y 26 de 50, respectivamente. Este *quorum* está dentro de los denominados supramayoritarios y es parte de las razones por las cuales la Constitución de 1980 es, en algunas materias, un candado para los cambios. No el *quorum* en sí mismo, sino el hecho de que este convive con un sistema cuasibinominal que, a pesar de su modificación hace algunos años, en el Senado sigue teniendo efectos.

Cuando la Constitución apunta a la acción del Estado, en el segundo inciso, se refiere a

que este deberá garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes. Esto no quiere decir que el Estado debe proveer la entrega de beneficios monetarios universales, sino que sus acciones deben asegurar que exista acceso a prestaciones. El acceso puede ser posible al estar afiliado al sistema de AFP y tener la oportunidad de una atención uniforme, en el sentido que todos los afiliados sean tratados con las mismas reglas. De hecho, este mismo inciso señala que las prestaciones pueden ser otorgadas por instituciones públicas o privadas, lo que debe quedar definido en la Ley respectiva; en este caso, el DL 3.500 (1980) que crea y especifica el sistema de AFP o la Ley 20.255 (2008) del Sistema de Pensiones Solidarias.

El tercer inciso señala que la ley puede cobrar cotizaciones obligatorias. Esto permite que el DL 3.500, que es el cuerpo legal que le da contenido a este artículo constitucional, señale que las cotizaciones obligatorias puedan ser recaudadas por las AFP. No es necesariamente el Estado o una institución pública la que puede cobrar cotizaciones obligatorias, sino la ley. En general, en muchos países estas cotizaciones son recaudadas ya sea por el servicio de impuestos internos o por las instituciones de previsión social.

El inciso cuarto señala que el Estado debe supervisar el derecho a la seguridad social. Es decir, para la Constitución de 1980, el Estado no garantiza beneficios y no recauda las cotizaciones obligatorias, pero sí fiscaliza. En términos prácticos, esto permite darle vida a la Superintendencia de Pensiones. Así como en otras áreas de las políticas sociales, el rol importante del Estado en la Constitución de 1980 es supervisar el mercado, en este caso el mercado de las AFP.

En resumen, lo que señala la Constitución de 1980 respecto al derecho a la seguridad social es lo suficientemente amplio y general que puede incluir, sin contradicción, un sistema de capitalización individual, cuando en realidad, no es de seguridad social. Sin embargo, esta redacción tampoco impide que la ley pueda establecer un real sistema de seguridad social.

Ahora bien, qué pasa con el principio de subsidiaridad, ese concepto que es defendido por quienes creen que este propiciará el desarrollo libre de la sociedad. La respuesta es que este principio sí podría impedirlo. No está textual en la actual constitución, sino que ha sido establecido por el Tribunal Constitucional –o la tercera cámara como lo denominan muchos– en variados dictámenes y se estable-

ce mediante la garantía de “libertad de elegir” entre diversas instituciones. Así, el Estado no es un ente que entregue derechos sociales. Los mercados y las instituciones privadas son las que proveen y el Estado supervisa y subsidia, o ayuda al que no es exitoso en el mercado. Este principio afectaría la idea de que exista un ente público que sea el único que recaude las contribuciones sociales, las administre y pague pensiones, como sucede en el resto del mundo a través de las instituciones de Previsión Social, ya que se podría argumentar que las personas tienen garantizado el derecho a elegir si quieren que su cotización previsional vaya a una institución pública o privada, y el Estado, entonces, no puede “discriminar” y tener otras condiciones para el ente público. Este último principio se ha usado para impedir que el Estado focalice el financiamiento a la educación escolar pública, por ejemplo. De usarse este principio, no se podría establecer un seguro social.

Ahora, siempre refiriéndome al estado actual de las cosas en Chile, el segundo cuerpo normativo importante para el sistema de pensiones chileno es el DL 3.500 que señala que el sistema de AFP es un sistema de pensiones. Un sistema de pensiones, en general, lo que hace es establecer la forma en la cual

se materializa el derecho a una pensión, dadas ciertas condiciones, como la edad de jubilación. Aunque esto puede parecer obvio, hace tiempo que no lo es, aun menos después de los retiros de los fondos de pensiones en los últimos años.

Las AFP han intentado disputar la idea de transformación del sistema poniendo énfasis en la propiedad privada de los fondos de pensiones y la herencia. La pregunta ¿prefiere usted que se deposite la cotización de su salario a su cuenta individual o a un pozo común? ha sido frecuente y pagada por las AFP. Esta se ha plasmado en varios avisos publicitarios, redes sociales de las administradoras e incluso en ciertas encuestas de opinión ligadas a estos sectores. Es decir, la defensa política y comunicacional del sistema de capitalización individual es el “derecho de propiedad” sobre los fondos en las cuentas individuales.

Sin embargo, la propiedad sobre algo tiene asociados elementos que se contradicen con la idea de un sistema de pensiones. Según señala la experta en derecho privado Remedios Morán, el dominio o propiedad sobre algo es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que su titular tiene la capacidad de disponer de este, sin más limitaciones que las que imponga la ley (Morán, 2002). De he-

cho, tener derecho real de dominio requiere de tres principios: 1) el derecho de uso sobre la cosa, siempre que no sea para algo ilegal; 2) el derecho de goce sobre la cosa: posibilidad de aprovechar el bien y sus frutos; 3) el derecho de disposición sobre la cosa que, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominio (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla, a no ser que sea patrimonio cultural, por ejemplo. Si las cuentas que tenemos en las AFP son para el único objetivo de pagar pensiones, no cumplen con estas tres condiciones, porque estos fondos no se pueden usar, gozar o disponer para hacer lo que queramos. Es decir, son exclusivamente para financiar nuestra vejez.

El año 2019, previo al estallido social, una agrupación de la sociedad civil, el centro de pensamiento Casa Común y la coordinadora No+AFP ingresó cientos de requerimientos de acceso a la totalidad de los fondos previsionales en los tribunales de justicia del país, con el objetivo de tensionar el argumento de las AFP sobre la propiedad. Algunos de estos prosperaron hasta llegar a la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, como el caso de la profesora María Isabel Ojeda de Antofagasta.

La historia de María Isabel marca uno de los hitos en el cuestionamiento hacia las AFP. Cuando la profesora de matemáticas vio la primera cuota de su pensión lloró, porque bordeaba los ciento ochenta mil pesos. No podía entender que su expectativa se redujera a la mitad; entonces, presentó un recurso de protección para retirar la totalidad de sus fondos. Para ello adujo que le pertenecían.

La Corte de Apelaciones exigió que se le entregaran los recursos, lo que fue revertido por la Corte Suprema, la cual argumentó que estos recursos eran para materializar el derecho constitucional a la seguridad social y que este tenía prioridad debido a su vinculación con el derecho de propiedad, lo que, al menos desde el punto de vista de la justicia, es coherente con que estos ahorros previsionales financien las pensiones.

Por eso, otro de los grandes nudos críticos en el debate normativo y el debate público es el conflicto jurídico entre “derecho de propiedad” y “derecho a la seguridad social”. El problema es que, si el derecho de propiedad con acceso a los ahorros se permite en formas diferentes a los de pensión, el sistema de AFP deja de ser un sistema de pensiones y, por lo tanto, estaríamos en presencia de un vacío de ley que impide materializar el derecho a la

seguridad social. Por otra parte, si el sistema es en realidad uno de seguridad social, el argumento político del derecho de propiedad quedaría sin base, y el sistema de AFP tendría como único objetivo el pago de pensiones.

Ahora bien, tanto el primer como el segundo escenario hacen necesaria una reforma al sistema. En el caso de ganar el argumento de la propiedad privada tendríamos que diseñar un sistema de seguridad social desde cero. En caso que se acepte que este sistema es de seguridad social, se abre la posibilidad de cambiar las formas en las cuales se recaudan y administran las contribuciones y cómo se calculan las pensiones. Ahora bien, los retiros de los fondos previsionales en la pandemia han puesto énfasis, al menos transitoriamente, en el derecho de propiedad.