

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

#1934  
Edición

# MIRADA POLITICA

OCTUBRE  
2019

**DERECHO DE PROPIEDAD**

**Y RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES**



Foto: elmostrador.cl



Foto: elmostrador.cl

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, ante la negativa de las AFP de entregarles la totalidad de sus fondos previsionales acumulados, un grupo de jubilados del sistema de pensiones, asesorados por la Coordinadora NO+AFP y por la Fundación “*La Casa Común*” de Fernando Atria, han presentado recursos de protección ante distintas Cortes de Apelaciones, solicitando el retiro del total de dichos fondos para la cobertura de otras necesidades, basándose en el argumento de que existe un derecho de propiedad sobre estos, garantizado en nuestra Constitución Política de la República. Argumentan que la prohibición de disponer a su antojo de dichos bienes vulnera la esencia del derecho, la cual es poder ejercer la facultad de usar, gozar y disponer del bien.

Si bien la gran mayoría de las Cortes de Apelaciones no ha admitido a tramitación o ha rechazado los recursos, en Antofagasta y Punta Arenas elevaron un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, para que este determine si las normas contenidas en el Decreto Ley 3.500, que impiden el retiro de los fondos, se ajustan a lo establecido por nuestra Carta Fundamental.

Lo anterior ha generado revuelo público respecto a la propiedad de los fondos previsionales y a la posibilidad de poder retirarlos al momento de jubilar, y no esperar que el dinero se entregue en cuotas mensuales. Todo esto, en medio de la tramitación en el Congreso Nacional de la Reforma Previsional.

## II. DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 19 N° 24 de la Constitución es claro en señalar que se asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Asimismo, la Carta Fundamental expresa que existe el derecho a la seguridad social (19 N° 18). Así las cosas, se deben complementar ambos derechos, que es lo que sucede en la legislación nacional. La Constitución es nítida al contemplar que *“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 norma es la que permite establecer límites al dominio de los fondos previsionales, los cuales están destinados a una finalidad específica.

Así, es el Decreto Ley 3.500 -que establece el sistema de pensiones- el que determina las limitaciones específicas. Además, si bien esta norma no menciona expresamente la propiedad de los afiliados respecto de los fondos, sí es claro en señalar que dichos fondos no son de propiedad de las AFP -constituyendo patrimonios separados-, y que son inembargables. Por su parte, la legislación es clara en señalar que los fondos son heredables.

Esta materia ya ha sido previamente zanjada por el Tribunal Constitucional, que ha señalado en reiteradas ocasiones que los fondos previsionales sí son de propiedad de

los trabajadores. Ello ha quedado consignado en diversos fallos, tales como:

*“Las cotizaciones previsionales son efectivamente de propiedad de los trabajadores, ya que son bienes incorporales que se encuentran expresamente tutelados por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 n°24 de la Constitución”* (STC 519, c. 15).

*“Se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado; de modo que la propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual, aunque presenta características especiales, se encuentra plenamente protegida por el art. 19, No 24, CPR que reconoce el derecho de propiedad no sólo sobre los bienes corporales sino también respecto de los incorporales”*. (STC 767, c. 17).

*“El propósito concreto de estas cotizaciones es financiar la respectiva pensión del titular, generándole el derecho incorporado a su patrimonio de obtener los beneficios señalados por la ley. Mientras no se obtenga dicho fin, estos fondos son administrados por una AFP, pero debe entenderse que esto no lo priva del carácter de derecho de propiedad”*. (STC 334, cc. 5 a 7).



Foto: t13.cl

### III. RETIRO DE FONDOS

En cuanto al principio que declara la imposibilidad de retirar los fondos previsionales, debe entenderse que dicha prohibición no es un principio inviolable del sistema, sino que simplemente busca otorgar verdadera seguridad social a los trabajadores, destinando los montos acumulados a una finalidad específica: pagar una pensión.

Es más, se debe tener en consideración dos situaciones específicas que permiten el retiro anticipado de los fondos:

**1. Excedente de libre disposición.** La legislación actual permite que quienes hayan cotizado al menos 10 años y tengan una tasa de reemplazo superior al 70%, pueden retirar la parte de sus fondos que excedan ese 70% de reemplazo. El monto final de la pensión no puede ser inferior a la Pensión Máxima con Aporte Solidario (cuyo monto hoy es de \$325.646.-).

**2. Retiro de fondos acumulados después de la edad legal de jubilación.** El proyecto de ley en tramitación contempla una norma que, con la finalidad de incentivar el retraso de la edad de jubilación, permite retirar el 50% de los fondos acumulados con posterioridad a dicha edad legal de jubilación.

Es así como el tema puede y debe ser analizado, como una forma de reafirmar el derecho de propiedad que se tiene sobre los fondos (situación que no ocurre en el sistema de reparto), pero de forma responsable: Que el retiro no implique un impacto en la calidad de vida e ingresos de los jubilados. Es por ello que las proposiciones para retirar fondos para el pago de deudas no cumplen con esa primicia, como sí lo podrían cumplir algunas situaciones excepcionales, tales como personas en estado terminal.

## IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, se debe tener en consideración que la ofensiva iniciada por la Coordinadora NO+AFP, junto a la Fundación “La Casa Común”, liderada por Fernando Atria, tiene una doble finalidad, cualquiera de las cuales dista mucho de una real preocupación por las necesidades de nuestros adultos mayores:

- **Si se declara inconstitucional, y por ende se permite el retiro de fondos:** Se busca generar un colapso del sistema previsional.

- **Si se declara constitucional, y por ende se prohíbe el retiro de fondos:** Se busca dar cuenta a la ciudadanía de que no existiría un derecho de propiedad sobre los fondos.

Frente a lo anterior, resulta particularmente llamativo que estas organizaciones muestren tal nivel de preocupación por garantizar el derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones, considerando que la alternativa de sistema previsional que ellos proponen –sistema de reparto–, no contempla el derecho de propiedad sobre los fondos. Es más, si hacemos historia respecto al funcionamiento del sistema de reparto en Chile, recordaremos que quienes no cumplían al menos 15 años de cotizaciones (al día de hoy, no más del 50% de los afiliados al sistema de capitalización individual), no tenían derecho a pensión, perdiendo todo lo acumulado en los años de cotización. No debemos olvidar que, al final del día, solo el sistema de capitalización individual entrega a los trabajadores la propiedad sobre los fondos aportados.

Más allá de ello, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que sí existe un derecho de propiedad sobre los fondos previsionales y que el legislador, en concordancia con el texto constitucional, ha establecido límites para el ejercicio de ese derecho, catalogados como ra-

zonables en función del cuidado de los intereses de la nación toda.

Respecto a la posibilidad de retirar los fondos, de no hacerse responsablemente y para casos excepcionalísimos, se corre el riesgo de dismantelar el sistema (efecto buscado por algunos), además de entregarle un gran peso al Estado, que indefectiblemente deberá hacerse cargo de quienes no tengan cómo vivir por haber hecho mal uso de los fondos retirados, aun cuando estos se comprometan a no requerir del Estado para su subsistencia futura. Así ocurrió en Perú, donde gran parte de las personas que retiraron sus fondos previsionales ya se los gastaron o tomaron malas decisiones de inversión. Frente a ello, la OCDE ha señalado claramente que el objetivo de un sistema de pensiones es y debe ser el proporcionar un flujo regular de ingresos a las personas jubiladas y el retirar los ahorros previsionales precisamente va en contra de dicha disposición.

El sistema previsional es uno de los elementos que permite garantizar una vejez digna a nuestros trabajadores. Junto con realizar mejoras al sistema (a través del proyecto de ley que se tramita en el Congreso), la clase política tiene muchos otros mecanismos para asegurar una buena vejez, tales como legislar en materia de medicamentos, pasajes de transporte público, subsidios, entre otros.

Solicitar el retiro de los fondos previsionales para el pago de deudas hipotecarias, el cual fue el caso derivado al Tribunal Constitucional por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, solo desviste un santo para vestir a otro, y más que solucionar un problema que aqueja a los adultos mayores, lo agrava. Por ende, se debe ser extremadamente responsable al momento de abordar estas materias, y no caer en facilismos ni populismos.



Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman