

EDICIÓN
ESPECIAL

FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA LICITACIÓN PREVISIONAL DE AFILIADOS

Perspectiva constitucional¹

POR ARTURO FERNANDOIS
Nº 399
26 DE JULIO 2024

Ideas & Propuestas

Resumen ejecutivo

En el presente documento se analizará, desde la perspectiva constitucional, el tratamiento de la voluntad de los afiliados en una licitación de stock, a partir de lo propuesto en la reforma previsional presentada por el Presidente Boric y que actualmente se discute en el Congreso Nacional.

[1] Este I&P es una edición abreviada de un informe emitido por el académico Arturo Fermandois.

I. Introducción

La licitación de stock debe entenderse como un sistema periódico de subasta de los afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), o los eventuales inversores que las sustituyan y de sus montos ahorrados en cuentas de capitalización individual.

El proyecto de reforma previsional², así como las propuestas previsionales de diversos agentes, entre ellos, el Economista Salvador Valdés, han contemplado distintas formas de licitaciones de stock.

En el presente Ideas y Propuestas se comenzará describiendo brevemente el mecanismo en cuestión. Luego, se abordarán los principales elementos e instituciones del marco constitucional que le resultan aplicables, enfocándonos en la presunción de consentimiento que comprende la licitación de stock. A continuación, se realiza un análisis jurídico del mecanismo conforme a dicho marco. Para finalizar con las conclusiones.

[2] Boletín N°15.480-13



Foto: hacienda.cl

II. Licitación de stock: elementos centrales

El Proyecto, en sus artículos 160 y siguientes, formula una licitación de stock sobre la base de los siguientes elementos:

- La licitación de gestión de inversiones del ahorro en las cuentas de capitalización individual (obligatorias y voluntarias) será anual.
- Se adjudica a la entidad que ofrezca la menor comisión.
- Se licitará el 10% del total de afiliados no pensionados del sistema.
- Operará un traslado automático de afiliados pertenecientes al grupo de cotizantes licitado, al quinto mes siguiente a la adjudicación, sin previo consentimiento de ellos.
- Los afiliados tendrán derecho a oponerse al traspaso en el plazo de 30 días.

Sin embargo, el derecho de oposición que se confiere al afiliado es confuso. Por una parte, la elección de palabras (*“dejar sin efecto el citado traspaso”*), pareciera indicar que el traspaso de afiliados y saldos ya operó por el sólo ministerio de la ley y de inmediato con la adjudicación, faltando sólo el transcurso del plazo -30 días primero y 5 meses después- para que se materialice.

No obstante lo anterior, un análisis contextualizado de la frase en cuestión, pareciera indicar lo contrario: primero se realiza la licitación y adjudicación, luego transcurre el plazo para que el afiliado manifieste su oposición al traspaso, y posteriormente, con o sin su respuesta, se verifica este.

En todo caso, cualquiera sea la interpretación que se adopte, no hay duda de que el Proyecto atribuye un valor y efecto trascendental al silencio del afiliado: consistiría en una manifestación de su voluntad de traspasar sus fondos ahorrados en la cuenta de capitalización, a la nueva AFP o Inversor.



Foto: aspain11.com

III. Marco constitucional y de derecho comparado aplicable al mecanismo de licitación de stock y presunción del consentimiento, contenidos en el Proyecto

A. Propiedad del afiliado sobre sus fondos y derecho de elección

El mecanismo de licitación de stock, presenta dudas de constitucionalidad frente a los derechos del afiliado sobre sus fondos acumulados, particularmente los de propiedad y elección.

La Constitución, al regular el derecho a la seguridad social en su artículo 19 N° 18, exige que el Estado dirija su acción 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". En este contexto, autoriza al legislador a establecer cotizaciones obligatorias y obliga al Estado a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho.

Se entiende, de esta manera, que la autorización constitucional dada al legislador para establecer estas cotizaciones, permite forzar a los particulares a destinar una parte de su patrimonio –específicamente, de sus ingresos– para financiar las prestaciones relativas a la seguridad social, particularmente para enfrentar su jubilación.

Pues bien, sobre la base de esta norma constitucional, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido consistentemente a los particulares dos derechos sobre sus cotizaciones: el derecho de propiedad y el derecho de elección.

En específico, la primera vez que se pronunció sobre estas materias fue por medio de la sentencia Rol N° 342-2001 de 21 de agosto de 2001, sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que regulaba el sistema de rentas vitalicias, constatando por primera vez la propiedad del afiliado sobre sus fondos.

Consecuentemente, en la medida que el proyecto examinado imponía ciertas regulaciones intensas a la oferta, el TC precisó que el afiliado tenía derecho a elegir sus prestadores, como una consecuencia de su derecho de propiedad.

En definitiva, desde la sentencia relativa al proyecto de ley de rentas vitalicias de 2001, en adelante, el Tribunal ha sido claro en sostener que:

- i) Los afiliados son propietarios de sus fondos.
- ii) Dicha propiedad comprende una facultad esencial de disposición, la que se traduce en un derecho a elegir el administrador sus fondos o el prestador de los servicios que ellos habilitan.

Estas afirmaciones son igualmente compartidas por la doctrina nacional. Así, por ejemplo, el profesor José Luis Cea, tratando la cotización para la seguridad social, afirma que: *“(...) debemos reiterar con vigor nuestra opinión en el sentido que el cotizante es dueño de sus aportes para la seguridad social. Por ende, tiene que reputarse contrario al artículo 19 N° 24 incisos 1° a 4° de la Constitución y a lo prescrito en el inciso final del N° 18 estudiado, cualquier precepto legal o decisión administrativa que prive a ese cotizante de su facultad de disponer de lo que es suyo.”*³

A partir de ello, se puede concluir que los fondos previsionales acumulados de las personas constituyen un ahorro forzosamente ordenado por la ley en virtud de una autorización constitucional, y sobre el cual los afiliados tienen derecho de propiedad. Asimismo, tales cotizaciones deben ser obligatoriamente destinadas a fines previsionales, teniendo en todo caso el particular el derecho a elegir el prestador o entidad que los administrará.

[3] CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, (Santiago, Ed. Universidad Católica, segunda edición actualizada), p. 489.



B. Presunciones del consentimiento: legitimidad y límites frente al derecho público chileno y comparado

El sistema de licitaciones de stock contemplado en el Proyecto –y en otras propuestas–, contiene una presunción del consentimiento de los afiliados. Luego de realizada la licitación de stock, los afiliados “licitados” cuentan con un plazo de 30 días para oponerse al traspaso de sus fondos a la AFP o Inversor triunfante, el que, en ausencia de tal oposición, se materializará al quinto mes de ocurrida la adjudicación.

De esta manera, en caso que la persona no ejerza su derecho a oponerse a tal traspaso, la ley está presumiendo la existencia de un consentimiento por parte del afiliado, sobre la base de su silencio o inacción. Es decir, existe aquí una hipótesis de presunción del consentimiento. Tal presunción, en los términos regulados en el Proyecto, tiene el potencial de vulnerar el derecho de elección descrito anteriormente.

1) Por regla general, el silencio no constituye una manifestación de voluntad en el derecho.

Una regla general en nuestro derecho, respecto de la cual la doctrina está conteste, es que el silencio no constituye una declaración o manifestación de la voluntad de las personas. El silencio es precisamente eso, una ausencia absoluta de declaración de voluntad, en circunstancias que las reglas generales relativas a los actos y declaraciones de voluntad, exigen que esta sea expresa e inequívoca.

Con todo, las ficciones y presunciones del consentimiento existen en nuestro ordenamiento jurídico, siendo utilizadas por la ley de manera muy excepcional y restrictiva. Esto, precisamente porque presumir la voluntad de la persona es algo que va en contra de principios fundamentales, como la autonomía de la voluntad. Resulta antinatural al derecho, especialmente si se tiene en cuenta que nuestra Constitución declara libre a la persona humana y pone a la voluntad soberana (que reemplaza a la voluntad de la persona en este tipo de ficciones), al servicio de aquella (art. 1, inciso cuarto, de la Constitución).

2) Estándares de Derecho Público aplicables a la presunción del consentimiento.

La potestad legislativa goza de un razonable –aunque excepcional– espacio de libertad para, en pos del bien común y bajo ciertas condiciones, crear ficciones legales, tales como las presunciones del consentimiento.

La ficción en que se presume el consentimiento de la persona no puede ser absurda o ilógica. En efecto, el legislador se encuentra sometido al principio de la proscripción de la arbitrariedad (art. 19 N° 2), no pudiendo establecer diferencias arbitrarias, contrarias a la razón, absurdas o ilógicas. Luego, suponer la voluntad de la persona, sin ningún indicio en la realidad que lo permita, supondría transgredir este principio.

En consonancia con el principio anterior, esta ficción debe establecerse para proteger un interés o derecho de la persona cuya voluntad se presume. Esto es especialmente relevante de acuerdo a los criterios establecidos por la doctrina extranjera.

C. Las presunciones del consentimiento en el derecho comparado

El derecho comparado indica que todo análisis de la constitucionalidad de la presunción contemplada en el Proyecto deberá regirse por diversos parámetros. Entre ellos, lo más relevante es que debe ser posible justificar la medida de presunción del consentimiento en que esta:

- Persigue primeramente la protección de los intereses o un bien jurídico del afiliado;
- Pretende evitar un riesgo o amenaza en el retraso de la persona en responder o expresar su voluntad; y
- Solo opera en el caso en que la persona no ha podido brindar su consentimiento, lo que supone que se ha dado un plazo razonable a la persona para expresar su voluntad.



Foto: elmostrador.cl

IV. Análisis del mecanismo de licitación propuesto en el Proyecto de ley

El mecanismo de presunción del consentimiento contemplado en el Proyecto, supone utilizar lo que en derecho comparado se ha denominado un derecho a objetar u “Opt-out”. Esto, en la medida que el Proyecto solo permite al afiliado oponerse o “dejar sin efecto” el traspaso de sus fondos, luego de que estos ya han sido adjudicados, dentro del plazo de 30 días contados desde la adjudicación. En caso que este no ejerza tal derecho, el traspaso se verificará al primer día del quinto mes después de la adjudicación.

Sin embargo, el mecanismo de *Opt-out* contenido en el Proyecto presenta una serie de falencias jurídicas:

- Se trata de una ficción legal, no de una presunción, pues no se basa en un ningún indicio inequívoco de que la persona realmente consiente en el traspaso de sus fondos, sino que en la mera inacción u omisión de la misma.
- Esta ficción legal del consentimiento interviene o limita particularmente el ejercicio en el derecho de elección de que gozan las personas en el contexto de su derecho a la seguridad social y de su propiedad sobre las cotizaciones obligatorias (artículos 19 N°18 y N°24 de la Constitución).
- La propuesta se construye sobre la base de que los afiliados NO ejerzan su consentimiento sobre la misma. En efecto, para que la licitación atraiga participantes, y estos puedan realizar los cálculos pertinentes, es necesario asegurarles un rango estable de afiliados.
- En la realidad, existen diversos factores que hacen improbable el ejercicio real de esta opción (Valdés), entre ellos: i) la asimetría de información; ii) la inercia de los afiliados, y iii) las modalidades restrictivas para expresar el consentimiento (e.g., plazo de 30 días).
- El mecanismo del proyecto constituye a todas luces una limitación legal al ejercicio de los derechos del afiliado, en particular, de la libre elección que emana de su propiedad sobre sus fondos de pensiones.
- Respecto a la presunción del consentimiento, presenta reparos en torno a su justificación en la satisfacción de interés o bien jurídico de la persona cuya voluntad se presume. Asimismo, no existe un riesgo evidente en el retraso de la respuesta del afiliado. Y, tampoco se justifica la reducción del plazo de oposición a 30 días.



Foto: radiousach.cl

V. Conclusiones

En relación al tratamiento de la voluntad o consentimiento de los afiliados, que realiza la licitación de stock (subasta periódica de los afiliados a las AFP), según su formulación en el proyecto de reforma previsional presentado ante el Congreso Nacional por el Presidente Boric, opinamos lo siguiente:

- El afiliado es propietario de sus fondos de pensiones (saldos acumulados en sus cuentas de ahorro individual), según lo ha declarado consistentemente la jurisprudencia constitucional (TC, Sentencias roles N°7548-2019 y 7442-2019) y la doctrina especializada (Cea).

- El afiliado, sobre la base de su derecho de dominio, goza también del derecho a elegir el administrador de sus fondos de pensiones.

- La licitación de stock contenida en el proyecto presidencial interfiere severamente estos derechos. Aquella prescinde de la voluntad del afiliado para transferir sus fondos previsionales de una AFP o inversor de fondos de pensiones a otro (Art. 160). El afiliado solo goza de un derecho a oponerse al traspaso (*opt-out*), el que debe ejercer en un plazo de 30 días

- El sistema de licitación de stock, en su conjunto, es hostil a que el afiliado ejerza su libertad de elección respecto de la AFP o Inversor para sus fondos. Para que este mecanismo funcione adecuadamente, es necesario que los afiliados efectivamente se cambien a la institución que ganó la licitación (Valdés). Si bien puede haber casos desviantes (afiliados que ejerzan su voluntad y no emigren a la institución ganadora, o lo hagan a otra), el sistema no funcionaría si tales migrantes dejan de ser excepcionales.

- El mecanismo de *opt-out* contenido en el proyecto presenta una serie de falencias jurídicas, que fueron explicadas anteriormente.

En definitiva, nuestra opinión es que el mecanismo de licitación de stock contenido en el proyecto presidencial, no respeta suficientemente el derecho de elección del afiliado, sustentado en su derecho de propiedad, según lo exige la Constitución.



www.fjguzman.cl

 @FundacionJaimeGuzmanE  @fundacionjaimeguzman  @FundJaimeGuzman

Capullo 2240 - Providencia, Santiago | Tel: (56 2) 2940 1100