Modifica la Carta Fundamental para establecer el derecho a la libre elección de un sistema de seguridad social y conceder a su respecto el recurso de protección

Boletín N°10840-07

Considerando:

1. Que la Constitución Política de la República en su artículo 19 enumera los derechos constitucionales que ésta le asegura a toda persona. Dentro de este catálogo de derechos se encuentran los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los que han sido definidos por la doctrina constitucionalista como aquellos que persiguen asegurar a los individuos condiciones de vida digna y acceso adecuado a bienes materiales y culturales.

2. Dentro de estos derechos, se encuentra el denominado derecho a la seguridad social. En opinión del profesor Patricio Novoa, los derechos públicos subjetivos de la seguridad social importan verdaderas facultades de los administrados frente a la Administración, quienes por su naturaleza de personas son acreedoras al otorgamiento de las prestaciones necesarias para cumplir y satisfacer sus necesidades y lograr su bienestar. [1]

3. La Corte Suprema, en un fallo reciente ha señalado a propósito de los principios y fines que tiene el Derecho a la Seguridad Social que "La doctrina lo ha definido (al derecho a la seguridad social), en lo pertinente, como: "Un conjunto de programas existentes que tienen por objeto proteger el ingreso de los trabajadores frente al desempleo, las enfermedades, los accidentes, la incapacidad laboral, durante la vejez; a quienes dependen de él frente a la invalidez o muerte del jefe de hogar", de la referida definición se desprenden los principios que la integran, a saber, la solidaridad, la universalidad, participación e igualdad y cuyo fin último, en definitiva, se encuentra dirigido a salvaguardar la dignidad y esencia de toda persona humana por su condición de tal. Al efecto la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas dicha prerrogativa, siendo deber del Estado garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen por medio de instituciones públicas o privadas; a través de leyes se podrán establecer cotizaciones obligatorias para este fin y deberá supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho".[2]

4. Que hoy en día parte importante del sistema de seguridad social está regulado por el Decreto Ley 3.500, el cual estableció un Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia derivado de la capitalización individual que se efectúa en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones (artículo 1, Decreto Ley 3.500)

5. A su vez, el artículo 23 del mencionado cuerpo legal, prescribe que "Las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo

[1] NOVOA, Patricio, Derecho de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1977, p. 153 y ss.

[2] Corte Suprema, Rol 16.700-2014, Considerando Tercero

administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley".

6. En la misma línea, el artículo 1 de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, define a éstas como "[…] una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil".

7. De lo señalado, se puede desprender que el actual sistema de previsión social es esencialmente privado, pues descansa en las Administradoras de Fondos de Pensiones de giro único, que como se ha señalado, son siempre privadas y mercantiles, es decir, persiguen un fin de lucro.

8. No obstante lo dicho, cabe señalar que hasta la dictación del Decreto Ley 3.500, funcionaba un sistema distinto de seguridad social en materia de pensiones. Éste se basaba en el sistema de reparto, y estaba administrado por distintas entidades de previsión. Así las cosas, el Decreto con Fuerza de Ley N° 17 del año 1989, que fijó el Estatuto Orgánico del Instituto de Normalización Previsional encargó al Instituto de Normalización Previsional la administración de las siguientes cajas que existían a la fecha de creación del nuevo sistema:

   i. Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas;
   ii. Servicio de Seguro Social;
   iii. Caja de Previsión de Empleados Particulares;
   iv. Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado;
   v. Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional;
   vi. Caja de Previsión Social de los Obreros Municipales de la República;
   vii. Caja de Previsión Social de los Empleados Municipales de Santiago;
   viii. Caja de Retiro y Previsión Social de los Empleados Municipales de la República;
   ix. Caja de Previsión Social de los Empleados Municipales de Valparaíso;
   x. Caja de Previsión de la Hípica Nacional;
   xi. Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias;
   xii. Caja de Previsión y Estímulo de los Empleados del Banco del Estado de Chile;
   xiii. Caja de Previsión para Empleados del Salitre;
   xiv. Departamento de Indemnizaciones para Obreros Molineros y Panificadores;
   xv. Sección de Previsión Social de los Empleados de la Compañía de Consumidores de Gas de Santiago.

9. Finalmente, en virtud de la ley 20.255 de Reforma Previsional y el Decreto con Fuerza de Ley número 4 del año 2009, el Instituto de Normalización Previsional pasó a ser sustituido por el nuevo Instituto de Previsión Social (IPS) quien tomó las funciones antes mencionadas.

10. Que según la doctrina, las cajas de previsión eran organismos semi-fiscales, debido a las amplias facultades de supervigilancia que tenía el Ejecutivo respecto de ellas, particularmente de aquellas consagradas en la Ley 7.200 del año 1942. En la actualidad, todas estas cajas se fusionaron en el actual Instituto de Previsión Social, que es un servicio público descentralizado encargado de “administrar los regímenes previsionales de las cajas de previsión y del Servicio de Seguro Social como continuador legal del Instituto de Normalización Previsional” (artículo 55, numeral 6 de la ley 20.255). De esta forma, paralelamente al sistema de capitalización individual, existe un sistema de pensiones otorgadas por el Estado a través del Instituto de Previsión Social.

11. Ahora bien, la coexistencia de ambos sistemas no es pacífica, puesto que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la de estar obligado a pertenecer a alguna de las Administradoras que se han formado al alero del Decreto Ley 3.500, siendo una excepción la de poder optar por continuar en el antiguo sistema, o afiliarse a uno distinto (puesto que a la fecha no existe).

12. Esta circunstancia se provocó en general por cuanto el Decreto Ley 3.500 fue promulgado en dictadura, lo que implicó una completa ausencia de un debate democrático en torno al diseño del sistema de capitalización individual que se implementó. El Decreto Ley 3.500 eliminó toda posibilidad para que una persona optara por el sistema de cajas de previsión social, por lo menos para aquellos que ingresaban al sistema con posterioridad al año 1982. Respecto a los que hasta ese momento cotizaban en cajas, se otorgó una “opción” que debido a las situaciones fácticas que se presentaban en ese momento no era posible calificarla de tal.

13. Luego, una vez ya consolidado el sistema, sin posibilidad de vuelta atrás, el 17 de junio de 1983 se promulgó la ley número 18.225, la cual "dicta normas sobre desafiliación y modifica el decreto 3500 de 1980”. En efecto, en su artículo 1 regula lo siguiente: "Autorízase la desafiliación del Sistema de Pensiones creado por el decreto ley 3.500, de 1980, a quienes se encuentren en alguna de las situaciones que se señalan:

    a) Personas que pueden pensionarse en el régimen previsional del antiguo sistema con edades inferiores a sesenta y cinco años si es hombre y sesenta si es mujer, quienes deberán solicitar la desafiliación dentro del plazo de ciento ochenta días contado desde la fecha de publicación de esta ley. Esta norma no se aplicará a los casos a que se refiere el artículo 12 del decreto ley 2.448, de 1978;

    b) Personas que hayan sido imponentes de instituciones de previsión del régimen antiguo y que por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 4° transitorio del decreto ley N° 3.500, de 1980, no tengan derecho a Bono de Reconocimiento, o que teniendo derecho a éste sólo conforme al inciso cuarto del referido artículo, tengan a lo menos 60 meses de cotizaciones anteriores a julio de 1979;

    El Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones conocerá las solicitudes de desafiliación y establecerá la concurrencia de los requisitos a que se refiere este artículo."

14. A través de este medio, que es bastante excepcional, se intentó dar solución a los miles de afectados por el traspaso al sistema de capitalización individual, que a la fecha, la ciudadanía lo percibe como un verdadero fracaso, tal cual lo demuestran las cifras que arrojan las encuestas hechas en el marco de la denominada Comisión Bravo.[3]

15. En ese sentido, por Oficio solicitado por una de las diputadas que suscribe, la H. Diputada Alejandra Sepúlveda, se pidió información a la Superintendencia de Pensiones sobre el número total de desafiliaciones solicitadas, desagregadas por año y aprobación o rechazo (conjuntamente con su causal). En un cuadro de resumen, efectuado en base a los datos proporcionados se pueden ver los resultados de la aplicación de esta ley:[4]

[3] Los resultados de la Encuesta de Opinión encargada por la denominada Comisión Bravo, muestra una imagen negativa de las AFP en la mayor parte de la población. En este sentido, un 72% de las personas considera que "Solo un cambio total al sistema de AFP ayudaría a mejorar las pensiones". Un 66% considera que "Las bajas pensiones son responsabilidad de las AFP". El 60% está muy en desacuerdo con la expresión "Me da tranquilidad que las AFP administren los ahorros de pensión".

[4] Tabla elaborada en base a los antecedentes contenidos en Oficio Ordinario número 6885 de 30 de marzo de 2016 emitido por la Superintendencia de Pensiones en respuesta al Oficio Ordinario número 15.021 de fecha 4 de enero de 2016 de la Cámara de Diputados

AÑO	Aprueba	Rechaza A	Rechaza B	Rechaza C	Rechaza D	Otro	TOTAL
1983	21			104			
1984	3008			2134			
1985	3871			3404			
1986	5344			7680			
1987	2002			2085			
1988	560			169		1	
1989	511			135			
1990	524			126			
1991	747			162		10	
1992	478			119		7	
1993	602			188		12	
1994	644			144		14	
1995	631			183		18	
1996	880			306		22	
1997	861			287		9	
1998	1297			394		15	
1999	1972			948		12	
2000	2505			1285	1	28	
2001	2452			1024	4	17	
2002	2469			931	3	13	
2003	3538			1393	2	16	
2004	2968			1147	5	8	
2005	2884			1102	4	5	
2006	2771			1160	3	11	
2007	2244			953	7	13	
2008	1031			597	2	23	
2009	2075			1015	304	82	
2010	2241			459	752	5	
2011	1275			343	515	7	
2012	1392			348	643	6	
2013	1148			406	761	5	
2014	1296			416	685	8	
2015	1613			761	1583	4	
2016	226			250	638		
TOTAL	**58081**			**32158**	**5912**	**371**	**96522**

16. Como se puede observar, de un total de 96.522 solicitantes, sólo un 60% pudo traspasarse, quedando 38.411 personas sin esta posibilidad, por lo que la “opción” entregada por la ley 18.225 no es tal, sino que es más bien restringida, excepcional, y en

hipótesis muy concretas. Eso se suma a los problemas que se han detectado en torno al procedimiento de desafiliación en sí mismo, en el cual se cometen numerosos errores en la calificación del cálculo que tiene una persona en el Bono de Reconocimiento. Desde este punto de vista, por ejemplo, se han podido ver casos en que una persona puede solicitar su certificado de imposiciones al IPS en donde se indicaba que cumplía con la alternativa cálculo 3 o 9, pero luego, iniciado el procedimiento en la Superintendencia de Pensiones, se rechaza la solicitud puesto que no está dentro de esas hipótesis, sino que en la alternativa cálculo 1.

17. El problema es mayor, puesto que esa es la situación que se podría denominar formal, dado que una serie de situaciones irregulares se cometieron en esa época para afiliar a las personas al sistema que implantó el Decreto Ley 3.500. En efecto, y tomando los argumentos contenidos en el Proyecto de Resolución número 384 aprobado por la H. Cámara de Diputados, "una vez dictado el Decreto Ley 3.500, se recomendó, presionó y en algunos casos forzó a funcionarios públicos a ingresar al nuevo sistema de cotizaciones individuales, para lo cual se requería firmar una solicitud de afiliación. Muchos funcionarios se vieron presionados a ingresar, pues se les señalaba que de lo contrario sus pensiones se verían sustancialmente afectadas, cuestión que, a la fecha, podemos concluir que no fue así. Además, esa incorporación fue hecha no sólo mediante dichas presiones sino que en un generalizado ambiente de desinformación del nuevo sistema, que generó numerosas dudas en torno a los beneficios que pregonaba reportar al futuro".

18. Continúa dicho proyecto señalando que […] "A continuación, y luego que llegara el momento de jubilar, estas personas pudieron notar el desmedro previsional en que quedaron en comparación con sus compañeros que cotizaban bajo el antiguo sistema en cuanto a sus pensiones. Paralelamente, y al indagar más profundamente, estos funcionarios pudieron constatar que al solicitar la documentación que acreditaba su incorporación al nuevo sistema, la firma que en ella se consignaba no correspondía a la propia. En efecto, la rapidez y premura con la que se quiso hacer estos traspasos hizo que en muchos casos se falsificara el documento de afiliación, y que, por lo mismo, deja legítimas dudas de la legalidad en que se hizo toda esta operación. En consecuencia, es más que justo poder dar una opción a estas personas en torno a que puedan solicitar una desafectación por tan grave circunstancia, cuestión que, por el tenor literal de los artículos ya señalados, no ha sido posible.

19. En la misma línea, se agrega que "El artículo 2 del Decreto Ley 3.500 señala que: "La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización". Si así fuera, dicha relación jurídica que se produce entre el afiliado y la AFP debería estar exenta de vicio en su formación. No obstante ello, no sólo se puede señalar que hubo fuerza o dolo para dicho consentimiento, sino que derechamente se falsificó la externalidad que lo manifiesta, en particular, la firma. Dicha relación jurídica no puede subsistir en esas circunstancias, más aún considerando sus efectos que señala el inciso siguiente del artículo 2 ya señalado: "La afiliación al Sistema es única y permanente. Subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza

una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del Sistema".

20. De este modo, se puede concluir que todo el proceso de incorporación al sistema del Decreto Ley 3.500 adolece de numerosos vicios que no pueden ser subsanados a través de las hipótesis de desafiliación establecidas en la ley 18.225. A mayor abundamiento, cualquier otra ley vendría a cercenar el derecho que tiene una persona a optar a su antiguo sistema de previsión, puesto que impondría requisitos que no se avienen con sus intereses, sino que los del Estado y/o las propias AFP.

21. Tal cual se puede desprender lo dicho, en la actualidad no existe una verdadera opción de optar por uno u otro sistema, sea público o privado, como se podría extraer de la redacción constitucional del derecho a la seguridad social, sino que sólo la obligación de pensionarse en el sistema creado por el Decreto Ley 3.500. Lo anterior, en resumen, porque las hipótesis para que aquellas personas que cotizaron en el antiguo sistema de cajas puedan optar por éste son restringidas, y además, por no existir en la actualidad otro tipo de alternativa para los ciudadanos.

22. En consecuencia, lo que se propone a través de este proyecto es complementar la redacción del artículo 19 número 18 de la Constitución Política de la República. En efecto, actualmente dicha norma prescribe en su parte pertinente que "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".

23. Según lo señalado, la Constitución contempla que existan regímenes públicos o privados para el otorgamiento de las pensiones (prestaciones, según su denominación), lo que no se presenta en la actualidad, puesto que el Decreto Ley 3.500 obliga a adoptar el sistema de capitalización individual. Así las cosas, y conforme a lo que se ha venido diciendo, debería ser parte de este derecho constitucional la opción de optar entre uno u otro sistema al momento de la jubilación, en la medida que la persona titular del respectivo derecho hubiera cotizado en el antiguo sistema de cajas de previsión, o bien, pueda optar por un nuevo sistema que el legislador puede legítimamente crear dada la amplia redacción de la disposición constitucional.

24. En el mismo sentido, y aplicando un criterio similar respecto de otro derecho constitucional de carácter social, el derecho a la salud contiene también la libertad de afiliación; así se puede desprender del artículo 19 número 9 inciso final de la Carta Fundamental que señala que "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado". Este derecho ha sido protegido por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia; en efecto, la Corte Suprema ha indicado que: "Que con motivo de los recursos de protección presentados en contra del anterior incremento del precio GES, esta Corte Suprema advirtió que los motivos que justificaban esa alza no habían sido debidamente informados a quienes iban a ser afectados por dicho acto. Efectivamente, sin perjuicio del texto expreso de la ley, es un derecho de las personas conocer las razones de una decisión de autoridad que afecta sus intereses y de la cual ellas no participan ni prestan su consentimiento. Más

aún, si de este acto unilateral que impactará en el precio final de su contrato de salud, los particulares no sólo tienen el derecho de desahuciarlo, sino también el de hacer efectiva su opción de elegir el sistema de salud al que desean acogerse, sea estatal o privado, por lo que es claro que para poder ejercer estos derechos requieren de una información completa y veraz"[5].

25. El tenor de la reforma no sólo beneficiaría a quienes estén actualmente en la situación de haber cotizado alguna vez en el antiguo sistema, sino que a todos quienes quieran traspasarse a una institución pública de previsión social, si es que llegase a existir (por ejemplo, a través de la tramitación del proyecto de ley contenido en boletín 9399-13, u otro sistema que se cree en lo sucesivo). De esta forma, se aseguraría el derecho a elegir libremente a nivel constitucional, consagrándolo debidamente, a fin de evitar posibles afectaciones a la misma, una vez que se consolide el sistema público de previsión.

26. En conclusión, a través de la presente reforma, se intenta fortalecer el derecho a la seguridad social, incorporando la posibilidad que las personas que hubieren cotizado en el antiguo sistema puedan optar entre aquél o quedarse en el sistema de capitalización individual, o que, una vez que se creen otras alternativas, se pueda elegir entre aquéllas, sin mayores trabas. De esta forma, el derecho al quedar protegido a nivel constitucional puede ser incluido a su vez como uno de aquellos que sean protegidos por el recurso de protección, tal cual se hace respecto de la libertad de elección del sistema de salud, según se ha venido indicado. Lo anterior es de toda justicia puesto que la desconfianza generalizada de la ciudadanía respecto del sistema de capitalización individual instaurado con la creación de las AFP genera la legítima expectativa de generar cambios legales, lo que es iniciativa exclusiva de la Presidencia de la República. No obstante, igual de necesario es poder asegurar este derecho para las personas, tanto para aquellas que en su momento fueron traspasadas, sin mayor información, sin debate democrático, sin garantías, como también respecto de aquellas que tengan la opción si es que llegare a discutirse una nueva alternativa.

27. Asimismo, este proyecto contribuye a que se haga realidad una reclamación de la ciudadanía en torno a dar una mayor protección a los derechos económicos, sociales y culturales, tal cual se ha visto en los antecedentes y datos que arroja la etapa participativa del Proceso Constituyente.[6]

28. Que los diputados que suscriben esta presentación manifiestan que los problemas derivados de la seguridad social en su conjunto, y en específico del monto de las pensiones otorgadas por las AFP, no se solucionará con este proyecto, pero pretende ser un paso adelante en la transformación del sistema, que permita recuperar la dignidad de las personas en el ejercicio de sus derechos puesto que permite consagrar un derecho de elección en la afiliación a un sistema previsional determinado. No obstante, dicha transformación sólo podrá consagrarse en la medida que se adopten todas las medidas

[5] Corte Suprema, Sentencia Rol 1765-2015, Considerando Décimo-noveno.

[6] De los 7 derechos más mencionados a nivel nacional en esta etapa, 5 de ellos corresponden a aquellos que la doctrina ha clasificado dentro de aquellos de segunda y tercera generación, a saber, el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda digna, al respeto a la naturaleza/medioambiente, y a la seguridad social. Disponible en http://www.sistematizacionconstitucional.cl/app/uploads/2016/07/fase_local-total.pdf.-

administrativas, legislativas y también constitucionales necesarias, siendo ésta una que se considera como tal por los argumentos ya expuestos.

POR TANTO:

Los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo primero.- Modifíquese el artículo 19, numeral 18 de la Constitución Política de la República en el siguiente sentido:

Incorpórese un inciso cuarto del siguiente tenor: “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de seguridad social al que desee acogerse, sea éste público, mixto, o privado”.

Artículo segundo: Modifíquese el artículo 20 de la Constitución Política de la República en el siguiente sentido:

Incorpórese entre la frase “y a lo establecido en su inciso cuarto,” y el número 19, el guarismo “18, en lo relativo a la libre elección de un sistema de seguridad social”

ALEJANDRA SEPÚLVEDA ÓRBENES
Diputada