



2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 7442-2019

[14 de mayo de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL “DECRETO LEY 3.500
ESPECIALMENTE SUS ARTÍCULOS 23, 34 Y 51”

SEGUNDA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE
ANTOFAGASTA

EN LOS AUTOS CARATULADOS “OJEDA CON AFP CUPRUM S.A.”, QUE
CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA POR RECURSO DE
PROTECCIÓN BAJO EL ROL 2797-2019 (PROTECCIÓN)

VISTOS:

Con fecha 17 de septiembre de 2019, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del “Decreto Ley 3.500 especialmente sus artículos 23, 34 y 51”, en los autos caratulados “Ojeda con AFP Cuprum S.A.”, que conoce dicha judicatura, por recurso de protección, bajo el Rol N° 2797-2019 (Protección).

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:



“Decreto Ley N° 3.500

(...)

Artículo 23.- *Las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley.*

Cada administradora deberá mantener cuatro Fondos, que se denominarán Fondo de Pensiones Tipo B, Fondo de Pensiones Tipo C, Fondo de Pensiones Tipo D y Fondo de Pensiones Tipo E. Asimismo, la administradora podrá mantener un Fondo adicional, que se denominará Fondo de Pensiones Tipo A. Los saldos totales por cotizaciones obligatorias, por depósitos convenidos y por cotizaciones voluntarias, así como la cuenta de ahorro voluntario, podrán permanecer en distintos tipos de Fondos. A su vez, la cuenta de ahorro de indemnización, a que se refiere la ley N° 19.010, deberá permanecer en el mismo tipo de Fondo en que se encuentren las cotizaciones obligatorias.

Los afiliados hombres hasta 55 años de edad y las mujeres hasta 50 años de edad, podrán optar por cualquiera de los Fondos mencionados en el inciso anterior. A su vez, los afiliados hombres desde 56 años de edad y las mujeres desde 51 años de edad, no podrán optar por el Fondo Tipo A, respecto de los saldos originados en cotizaciones obligatorias y la cuenta de ahorro de indemnización. Los afiliados pensionados por retiro programado y renta temporal y los afiliados declarados inválidos mediante un primer dictamen, no podrán optar por los Fondos tipo A o B respecto de los saldos antes señalados.

Si al cumplir 56 años de edad, en el caso de los afiliados hombres, y 51 años de edad, en el caso de las mujeres, su saldo por cotizaciones obligatorias y su cuenta de ahorro de indemnización se encontraren en el Fondo Tipo A, éstos deberán traspasarse a cualquiera de los restantes Fondos, dentro del plazo de 90 días. En caso de que el afiliado no opte por alguno de los Fondos Tipo B, C, D o E, en el plazo antes señalado, los saldos mencionados serán asignados al Fondo Tipo B en forma gradual, de acuerdo a lo establecido en el inciso sexto.

Si al momento de producirse la afiliación al sistema, el trabajador no opta por alguno de los tipos de Fondos, será asignado a uno de aquellos de la siguiente manera:

a. Afiliados hombres y mujeres hasta 35 años de edad, serán asignados al Fondo Tipo B.

b. Afiliados hombres desde 36 hasta 55 años de edad y mujeres desde 36 hasta 50 años de edad, serán asignados al Fondo Tipo C.



c. Afiliados hombres desde 56 años y mujeres desde 51 años de edad, afiliados declarados inválidos mediante un primer dictamen y pensionados por las modalidades de retiro programado o renta temporal, serán asignados al Fondo Tipo D.

Cuando el afiliado haya sido asignado a un Fondo y posteriormente no haya manifestado su elección por alguno de ellos, los saldos originados en cotizaciones obligatorias, cuenta de ahorro de indemnización, cuenta de ahorro voluntario, depósitos convenidos y cotizaciones voluntarias serán traspasados parcialmente al Fondo que corresponda de acuerdo a lo señalado en el inciso anterior, en las oportunidades y montos que a continuación se indican:

a. Al cumplir el afiliado la edad para cambiar de tramo etéreo, un veinte por ciento de sus saldos totales deberán permanecer en el Fondo correspondiente al nuevo tramo.

b. Transcurrido un año desde el cumplimiento de la edad en que el afiliado cambió de tramo etéreo, un cuarenta por ciento de sus saldos totales deberán permanecer en el Fondo correspondiente al nuevo tramo.

c. Transcurridos dos años desde el cumplimiento de la edad en que el afiliado cambió de tramo etéreo, un sesenta por ciento de sus saldos totales deberán permanecer en el Fondo correspondiente al nuevo tramo.

d. Transcurridos tres años desde el cumplimiento de la edad en que el afiliado cambió de tramo etéreo, un ochenta por ciento de sus saldos totales deberán permanecer en el Fondo correspondiente al nuevo tramo.

e. Transcurridos cuatro años desde el cumplimiento de la edad en que el afiliado cambió de tramo etéreo, un cien por ciento de sus saldos totales deberán permanecer en el Fondo correspondiente al nuevo tramo.

Con todo, las cotizaciones y depósitos posteriores a las asignaciones que se efectúen en las oportunidades antes señaladas, deberán enterarse en el tipo de Fondo que corresponda de acuerdo al tramo etéreo a que pertenezca el afiliado, según lo establecido en el inciso quinto. A su vez, la asignación establecida en el inciso anterior, no se efectuará para aquellos saldos respecto de los cuales hubiere elegido expresamente algún Fondo.

Las Administradoras deberán enviar información a sus afiliados referida a las posibilidades de elección y a la asignación entre Fondos, de acuerdo a lo que establezca la Superintendencia en una norma de carácter general. Dicha información deberá ser remitida conjuntamente con la comunicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 31, durante el período comprendido entre los doce meses previos a la primera transferencia de recursos y los doce meses posteriores a la última transferencia de recursos, a las que se refiere el inciso sexto.



Los afiliados y las Administradoras podrán acordar que cada uno de los saldos por cotizaciones obligatorias, cuenta de ahorro de indemnización, cuenta de ahorro voluntario, depósitos convenidos y cotizaciones voluntarias, sean asignados a dos tipos de Fondos. Además, se podrán acordar traspasos futuros entre tipos de Fondos, no debiendo un mismo saldo distribuirse en más de dos tipos de Fondos. Una norma de carácter general, dictada por la Superintendencia, regulará el modo de ejercer las opciones a que se refiere este inciso. Las Administradoras que opten por celebrar estos acuerdos, deberán suscribirlos con todos sus afiliados que así lo soliciten.

Las Administradoras recaudarán las cotizaciones correspondientes y los depósitos a que se refiere el artículo 21, los abonarán en las respectivas cuentas de capitalización individual y en las cuentas de ahorro voluntario de sus afiliados, según corresponda, e invertirán dichos recursos de acuerdo a lo que dispone esta ley.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, las Administradoras de Fondos de Pensiones cuyo patrimonio sea igual o superior a veinte mil Unidades de Fomento, podrán prestar a otras Administradoras los servicios a que se refiere el inciso anterior, en conformidad a las instrucciones que con sujeción a esta ley le imparta la Administradora que encarga el servicio. Con todo, dicho servicio no podrá comprender la inversión de los recursos previsionales de otras Administradoras.

Asimismo, las Administradoras podrán constituir en el país sociedades anónimas filiales que complementen su giro, previa autorización de existencia otorgada mediante resolución dictada por el Superintendente, siempre que presten servicios a personas naturales o jurídicas que operen en el extranjero, o que inviertan en Administradoras de Fondos de Pensiones o en sociedades cuyo giro esté relacionado con materias previsionales, constituidas en otros países. Se entenderá que complementan el giro de una Administradora las siguientes actividades que estas sociedades filiales realicen en el ámbito previsional: administración de carteras de Fondos de Pensiones; custodia de valores; recaudación de cotizaciones, aportes y depósitos; administración y pago de beneficios; procesamiento computacional de información; arriendo y venta de sistemas computacionales; capacitación; administración de cuentas individuales y de ahorro previsional; promoción y venta de servicios, y asesorías previsionales.

Al otorgar la autorización solicitada, la Superintendencia velará exclusivamente por que el objeto de la sociedad filial cumpla con lo establecido en el inciso duodécimo y que ésta no cause perjuicio o menoscabo al buen funcionamiento de la Administradora, y todos los antecedentes de la misma deberán mantenerse en reserva.

Las sociedades filiales quedarán sujetas a la fiscalización de la Superintendencia respecto del cumplimiento de las exigencias establecidas en el inciso duodécimo.



Para estos efectos, la Administradora accionista deberá proporcionar periódicamente a la Superintendencia, y en forma extraordinaria cuando ésta lo requiera, información sobre la sociedad filial y sus inversiones, sin perjuicio de las obligaciones de entregar información, impuestas a estas sociedades por otras leyes.

A su vez, las Administradoras podrán constituir en el país sociedades anónimas filiales, previa autorización de existencia otorgada mediante resolución dictada por el Superintendente, cuyo objeto exclusivo sea la administración de carteras de recursos previsionales de esa u otras Administradoras de Fondos de Pensiones. Estas sociedades filiales se constituirán conforme a lo señalado en el artículo 23 bis y se registrarán por lo dispuesto en esta ley y por lo que establezca una norma de carácter general que dictará el Superintendente.

La Superintendencia deberá pronunciarse respecto de las solicitudes de autorización de existencia a que se refieren los incisos duodécimo y décimosexto dentro de los 30 días siguientes a su presentación. Dicho plazo se suspenderá si la Superintendencia, mediante comunicación escrita, requiere información adicional, modificación o rectificación de ella y sus antecedentes, por no ajustarse a lo dispuesto en el presente artículo. El plazo se reanudará tan sólo cuando el solicitante haya dado cumplimiento por escrito a dicho trámite. En todo caso, la Superintendencia deberá emitir su pronunciamiento en un plazo máximo de seis meses. La resolución que deniegue la autorización deberá ser fundada.

Subsanados los defectos o atendidas las observaciones formuladas en su caso, la Superintendencia deberá pronunciarse respecto de la solicitud, entendiéndose que autoriza la existencia de la sociedad filial si no lo hiciera dentro del plazo mencionado en el inciso anterior.

La suma total de la inversión en este tipo de sociedades no podrá ser superior a la diferencia que resulte entre el activo total de la Administradora y su activo operacional, según los valores que se obtengan del último estado financiero que ésta haya presentado a la Superintendencia.

No obstante lo anterior, las Administradoras podrán invertir en sociedades anónimas constituidas como empresas de depósito de valores en la forma y condiciones establecidas en el Título XIII de esta ley.

Las Administradoras, sus Directores y dependientes, no podrán ofrecer u otorgar a los afiliados o beneficiarios bajo ninguna circunstancia, otras pensiones, prestaciones o beneficios que los señalados en la ley, ya sea en forma directa o indirecta, ni aun a título gratuito o de cualquier otro modo. Sin perjuicio de lo anterior, dichas entidades podrán tramitar para sus afiliados la obtención del Bono de Reconocimiento a que se refiere el artículo 3º transitorio y el Complemento a que se refiere el artículo 4º bis transitorio. La infracción a lo dispuesto en el presente inciso, será sancionada de conformidad a lo establecido en esta ley y en el D.F.L. No 101, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Será sancionado con pena de



presidio menor en su grado mínimo, quien habiendo sido sancionado de acuerdo a lo establecido en este inciso, reincida en dicha infracción.

Las Administradoras estarán obligadas a mantener, a lo menos, una agencia u oficina a nivel nacional destinada a la atención de público.

(...)

Artículo 34.- *Los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones serán inembargables salvo en la parte originada por los depósitos a que se refiere el artículo 21 y estarán destinados sólo a generar prestaciones de acuerdo a las disposiciones de la presente ley.*

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, los recursos que componen los Fondos de Pensiones podrán entregarse en garantía en las Cámaras de Compensación, sólo con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de las operaciones para cobertura de riesgo a que se refieren las letras k) y m) del artículo 45, y siempre que éstas cumplan las condiciones de seguridad para custodiar estos títulos, y otras condiciones que al efecto determine la Superintendencia mediante normas de carácter general. En este caso, dichos recursos podrán ser embargados sólo para hacer efectivas las garantías constituidas para caucionar las obligaciones antes mencionadas.

A su vez, cesará también la inembargabilidad para efectos de dar cumplimiento forzado a las obligaciones emanadas de los contratos de carácter financiero a que se refieren las letras k) y n) del artículo 45.

En caso de quiebra de la Administradora, los Fondos serán administrados y liquidados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.

(...)

Artículo 51.- *Las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia establecidas en el Título II, se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado y con la garantía estatal a que se refiere el Título VII, cuando corresponda.*

Sin perjuicio de lo anterior, las pensiones de invalidez parciales y totales otorgadas conforme al primer dictamen, a afiliados que se encuentren en alguno de los casos señalados en el artículo 54, serán financiadas por la Administradora a la cual el trabajador se encuentre afiliado y con la garantía estatal a que se refiere el Título VII, cuando corresponda.”.



Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Indica la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en auto motivado, que conoce de una acción de protección deducida por la señora María Angélica Ojeda González, quien alegó vulneración al artículo 19 N° 24° de la Constitución e impetró el restablecimiento del imperio del derecho, a efectos que se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Cuprum S.A. la entrega de sus ahorros por concepto de cotizaciones previsionales, cuyo monto asciende a aproximadamente 46,5 millones de pesos, con incrementos legales y costas.

La actora de protección fundó su acción en que habría cotizado en el sistema de pensiones entre 1987 y 1988, con reanudación en 1990 de forma continua hasta agosto de 2017, ejerciendo el cargo de profesora, hasta que jubiló.

Indicó dicha actora, agrega la Corte requirente, que ella recibe, por concepto de jubilación, la suma de \$ 185.000.- mensuales, cuestión que ha deteriorado su nivel de vida, en tanto su remuneración promedio de los últimos seis meses de vida laboral alcanzó la suma de \$ 1.200.000.-, encontrándose así en insuficiencia para sus gastos y deudas.

Por ello, solicitó la devolución de sus fondos para prepagar un crédito hipotecario y evitar la pérdida de su casa, ejerciendo su derecho a administrar sus ahorros. No obstante, AFP Cuprum le respondió en julio de 2019, por correo electrónico, la negativa a su solicitud, acto que calificó la actora de protección como arbitrario, en tanto le priva de derechos que ostenta como propietaria de los fondos previsionales. Desconocer las facultades del derecho de propiedad implica, adujo en la acción constitucional, vulneración al artículo 19 N° 24°, dado que no puede usar, gozar ni disponer de sus fondos previsionales, de los que es dueña.

Añade la Corte requirente de inaplicabilidad que AFP Cuprum evacuó traslado y solicitó su rechazo, alegando extemporaneidad, en tanto el DL. N° 3.500 entró en vigencia en 1980; y que no hubo acto ilegal o arbitrario de su parte, dado que sus respuestas se enmarcaron en la ley vigente, que imposibilita que los fondos previsionales sean directamente entregados al afiliado para fines distintos a los regulados, conforme lo disponen los artículos 23 y 24 del DL. N° 3.500, así como el artículo 51, en concordancia con lo que dispone su reglamento.



En lo que respecta a la garantía constitucional alegada, expuso la recurrida que el derecho de propiedad reconoce limitaciones, como sucede en los términos discutidos. Y, que las limitaciones no son absolutas, ya que se impiden las facultades en forma temporal y limitada, en tanto una vez que la persona cumple los supuestos para percibir una pensión, comienza a percibir pensiones.

Teniendo presente la discusión trabada en sede de la acción de protección, la Corte de Apelaciones requirente de inaplicabilidad fundó su libelo de inaplicabilidad.

A dicho efecto analiza el DL. N° 3.500, con el sistema de pensiones que contempla, detallando la operatividad del sistema de capitalización individual y el espectro normativo de las normas que, refiere, en ambos casos, son decisivas para la resolución del asunto que actualmente conoce.

Expone que el Estado de Chile obliga a cada trabajador a mantener dentro de su patrimonio una cuenta de capitalización individual, con fluctuación de mercado, administrada por una persona jurídica distinta, fiscalizada por el Estado sin que el trabajador tenga injerencia directa en la suerte de sus fondos, desvinculada de la remuneración obtenida en el último año de trabajo y relacionada directamente con el monto acumulado, el que puede ser insignificante, como indican sucede con los casos concretos, para los efectos de la pensión, atentatoria contra la persona humana para llevar una vida holgada en la vejez.

Funda la Corte requirente la contravención constitucional en el artículo 19 N° 24°. Surge una contradicción frente al derecho de propiedad que tiene el trabajador respecto de la capitalización individual, cuya regulación no cumple función social alguna, sino que es un sistema económico regido por el mercado sin la voluntad del trabajador, ni menos con su intervención.

Indica que el trabajador no puede utilizar su capitalización en su propio beneficio para sortear una insolvencia sobreviniente, por lo que surge, expone la Corte de Apelaciones de Antofagasta, una contravención también a la garantía del artículo 19 N° 18° de la Constitución, en tanto el Estado debe supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, lo que no se cumple.

Por lo expuesto, solicita a esta Magistratura el pronunciamiento respecto de la inconstitucionalidad de la normativa expuesta, indicando que ésta contraviene las garantías del derecho de propiedad y de la seguridad social.



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 24 de septiembre de 2019, a fojas 57, disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 15 de octubre de 2019, a fojas 130, se declaró admisible, confiriéndose traslados de estilo.

Traslados

A fojas 138, con fecha 5 de noviembre de 2019, evacúa traslado la señora María Angélica Ojeda González, solicitando acoger el requerimiento respecto deducido de los artículos 23, incisos primero y vigésimo primero, primera parte; 34, inciso primero; y 51, inciso primero, todos del DL. N° 3.500.

Indica que esta Magistratura reconoce la propiedad del trabajador sobre sus fondos de pensiones, punto que ha sido reiteradamente afirmado, sin contradicción, objetándose regulaciones hechas por el legislador sobre las modalidades de pensión por considerarlas excesivas, invocando el derecho de propiedad. Asimismo, añade, este Tribunal ha fundado en el derecho de propiedad de las personas sobre los fondos acumulados en las AFP, una serie de regulaciones.

Expone que lo anterior ha permitido que se pueda arrear por deudas previsionales; ha permitido declarar ajustado a derecho ciertos pagos; ha validado la rebaja de reajuste en las pensiones; ha legitimado el pago de reajuste e intereses por el atraso en pago de cotizaciones; ha considerado ajustado a la Constitución que el deudor de cotizaciones en el juicio ejecutivo deba consignar para apelar.

En estos casos, comenta, la propiedad ha sido utilizada para proteger a las AFP y sancionar al empleador deudor, invocando el derecho de propiedad de los trabajadores sobre los fondos.

Sin embargo, esta vez no es un tercero el que invoca esa protección. Indica que es la propia titular de ese derecho la que lo invoca, lo que no debiera alterar la protección que se le brinda, por todo, al derecho de propiedad.

Refiere que la propiedad sobre los fondos de pensiones es también propiedad sobre los dineros acumulados en las cuentas individuales. El derecho de propiedad se



tiene respecto de los fondos de pensión y de los dineros acumulados en las cuentas de capitalización individual de los afiliados, administradas por las AFP.

Argumenta que el derecho a recibir una pensión es un derecho adquirido, incorporado al patrimonio de las personas que se manifiesta como un crédito contra el organismo que le entrega la pensión y respecto del cual se tiene un derecho de propiedad.

Agrega que, si el trabajador es dueño de los recursos contenidos en su cuenta de ahorro individual, es precisamente porque se trata de una propiedad que no nació afectada. Es decir, antes de ser afectada al ahorro previsional se trataba de recursos que eran de propiedad del trabajador, en tanto los había adquirido en calidad de remuneración conforme a las reglas generales.

Indica que, precisamente, porque se trataba de recursos sobre los cuales el trabajador tenía una propiedad no sujeta a afección alguna, que fueron entonces entregados directamente por el empleador a la administradora respectiva, puede decirse que esos recursos son todavía propiedad del trabajador.

No puede decirse que se trata de una propiedad especial, originariamente afecta, sino de la afectación legal de una forma de propiedad ordinaria. El estándar constitucional que se le debe aplicar, entonces, es el estándar común que se aplica a las regulaciones y afectaciones del dominio, no uno especial propio para fines previsionales.

Así, explica, ciertas normas de los artículos 23, 34 y 51 del DL. N° 3.500 deben ser declaradas inaplicables por contravenir el derecho constitucional de propiedad que tiene sobre sus fondos de pensiones.

Para ello analiza el espectro normativo de las disposiciones cuestionadas. Indica que estos preceptos restringen las facultades esenciales del dominio, al impedir disponer a su dueña de los dineros acumulados en sus cuentas de capitalización individual y no constituyen limitaciones justificadas en la función social de la propiedad.

Los preceptos, agrega, no permiten disponer de los dineros acumulados en sus cuentas de capitalización individual, pues las AFP sólo pueden entregarlos como pensión, es decir, parcial y regularmente.



Refiere que, si esta Magistratura declara inaplicables las normas individualizadas, podrán ejercer su derecho de propiedad constitucionalmente garantizado, al retirar los dineros acumulados en sus fondos de pensiones. Podrá libremente cubrir las necesidades urgentes que les apremian y vivir dignamente la vejez.

Luego, en su traslado analiza la fisionomía del derecho de propiedad en la Constitución. Agrega que la protección de la propiedad implica que el dueño no puede ser privado de ninguna de las tres facultades: usar, gozar y disponer. Pero la Constitución de 1980, como otras, permite a la ley limitar estas facultades de disponer de la propiedad, en base a su función social, respetando su esencia.

Teniendo presente lo anterior, señala la actora de protección que las normas del DL. N° 3.500 imponen al dominio del dueño restricciones o limitaciones de una magnitud tan extraordinariamente considerables, que se les priva, en los hechos, y usualmente, por décadas, de su facultad de disponer, cuestiones que no están amparadas constitucionalmente.

Señala que no hay función social involucrada que justifique limitar el derecho de propiedad de las actoras de protección sobre sus fondos de pensiones. Como las propias Cortes de Apelaciones requirente explica, el sistema configurado por el DL. N° 3500 no es un sistema de seguridad social, sino de ahorro individual. No responde a la lógica de un seguro social, sino al ahorro individual. Y por eso el derecho a la seguridad social no puede ser invocado para justificar, en virtud de la función social de la propiedad, las restricciones o limitaciones de las que se trata en este caso.

El derecho a la seguridad social, abunda, constituye una directa proyección de la dignidad humana a que alude el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución y su contenido esencial lo conforma los principios de la solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad.

Añade que el DL. N° 3.500 no garantiza la seguridad social, por cuanto no satisface los principios de solidaridad y suficiencia. Sin la solidaridad es imposible satisfacer el bien jurídico que busca proteger este derecho fundamental: la seguridad. El sistema de capitalización individual nacional se basa en el ahorro individual, no en la seguridad social. No es un sistema de seguro social porque no es un sistema de seguro.



Señala que las normas no constituyen limitaciones al derecho de propiedad constitucionalmente admitidas, pues no cumplen la función social de garantizar la seguridad social, es incorrecto presentar el problema como un dilema entre optar por proteger la seguridad social o la propiedad. Esta Magistratura no se enfrenta a la tarea de armonizar derechos constitucionales o resolver una eventual colisión de derechos fundamentales.

Refiere que las limitaciones impuestas violan el contenido esencial del derecho de propiedad al privar a su titular de la facultad de usar, gozar y disponer. Las normas que impetran de inaplicabilidad comprimen el contenido del derecho de propiedad en términos irreconciliables con su fisonomía constitucional. No se trata de restricciones o limitaciones menores, sino de normas que desconocen y vacían de contenido el derecho. Anulan todo el poder y libertad que otorga la propiedad.

Las normas, indica, le priva de usar y disponer de los fondos de pensión de los que es dueña. Especialmente, impiden ejercer la facultad de disposición sobre sus fondos y la facultad de usarlos y administrarlos que es parte de su derecho de dominio, al negar la posibilidad de retirarlos de su cuenta individual.

A fojas 167, con fecha 7 de noviembre de 2019, evacúa traslado S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, en presentación suscrita por el señor Felipe Ward Edwards, Ministro Secretario General de la Presidencia y por la señora María José Zaldívar Larraín, Ministra del Trabajo y Seguridad Social, solicitando el rechazo del requerimiento.

En el traslado expone cuestiones que estima relevantes respecto del sistema de pensiones vigente en Chile.

Indica que es un sistema de capitalización individual complementado con modificaciones introducidas en 2008 por la Ley N° 20.255, configurando un sistema de pensiones con tres pilares básicos: solidario, contributivo obligatorio y voluntario. Cada afiliado posee una cuenta de capitalización individual en que se depositan sus cotizaciones previsionales, que se capitalizan y generan rentabilidad a partir de las inversiones que realizan las AFP, las que deben sujetarse a los límites legales y normas reglamentarias. El capital es devuelto al afiliado al término de su vida laboral o a sus



beneficiarios sobrevivientes, en la forma de alguna modalidad de pensión, cuya cuantía depende del monto del ahorro.

Refiere que entre trabajador y el sistema de pensiones se produce una relación jurídica que origina derechos y obligaciones. La afiliación es única y permanente; subsiste por toda la vida del afiliado, se mantenga o no en actividad; ejerza actividades simultáneas o sucesivas; o se cambie de AFP dentro del sistema.

Añade el Jefe de Estado que el sistema de pensiones es fiscalizado por la Superintendencia de Pensiones, la que está autorizada para dictar normas e impartir instrucciones y realizar actuaciones de interpretación normativa, así como sancionar a sus fiscalizados.

Por ello, explica el Presidente de la República, el sistema de pensiones no está entregado al mercado, sino que es altamente regulado tanto en la recaudación de las cotizaciones, como en la administración de las cuentas individuales, en la gestión financiera de los recursos previsionales, y en el otorgamiento efectivo de los beneficios que prevé la ley. No obstante, se discute actualmente en el Congreso Nacional una reforma al sistema.

En el capítulo III de su traslado, el Presidente de la República analiza las contravenciones constitucionales denunciadas, solicitando que éstas sean desestimadas. Refiere, citando doctrina, que el derecho de propiedad puede ser limitado bajo reserva legal respetando su contenido esencial, límites que se enmarcan, en lo discutido, en su función social.

Explica que, constitucionalmente, se reconoce el dominio que tienen los afiliados sobre sus fondos de pensiones, pero su uso, goce y disposición se encuentra dirigido por el legislador, subordinado a la función social que lo limita. El análisis de la requirente omite la función social sobre el dominio de los recursos previsionales de los afiliados al sistema de pensiones en Chile, pretendiendo un derecho de propiedad absoluto, que no tiene cabida en la Constitución, existiendo cláusulas de reserva explícitas para habilitar restricciones a determinadas garantías.

Así, no es posible, explica el Jefe de Estado, concebir la propiedad sobre los fondos de pensiones que tenga un afiliado al sistema de pensiones de forma aislada de la naturaleza del bien sobre el que recae la propiedad. Es un fin predeterminado por el derecho a la seguridad social, tutelado por la Constitución. Las cotizaciones



obligatorias por la ley es el instrumento del que dispone el Estado para cumplir con su deber de garantizar económicamente el goce del derecho a la seguridad social.

En el capítulo IV, expone que el sistema deja margen de competencia entre las administradoras de fondos de pensiones, de acuerdo con su rentabilidad, comisión, calidad de servicio. A ello se agrega que el afiliado puede elegir el tipo de fondo en que se invertirán sus fondos, para lograr una adecuada rentabilidad. Añade que el patrimonio de las AFP está separado del patrimonio de los afiliados, destinados al pago de pensiones. Ello significa, expone el Presidente de la República, que los trabajadores afiliados tienen participación e injerencia en la suerte de sus fondos de pensiones, de conformidad con la ley.

En lo señalado en el requerimiento, se desconoce la circunstancia de haberse enterado los dineros reclamados en cumplimiento del mandato legal de que éstos estén destinados a pagar pensiones de vejes o una eventual pensión de invalidez o sobrevivencia. Es un patrimonio destinado a un fin legal. De aceptarse el retiro de los fondos, en el futuro se podría carecer de recursos suficientes para hacer frente a necesidades elementales.

Agrega que no se niega la propiedad; se trata de que ésta presenta características especiales y sui generis, sujeta a un modo establecido en la ley, en tanto el trabajador puede acceder a estos fondos una vez que se cumpla con los requisitos legales por una contingencia, como la vejez, invalidez o muerte.

Permitir el retiro de los fondos previsionales sin norma especial que lo permita, agrega, significa abolir las cotizaciones previsionales que en toda legislación de seguridad social del mundo existen y no se permitiría que el Estado cumpla su rol asignado en el artículo 19 N° 18° de la Constitución, que es garantizar la seguridad social.

A fojas 514, con fecha 7 de noviembre de 2019, evacúa traslado AFP Cuprum S.A., solicitando el rechazo del requerimiento deducido.

Indica que no infringe el derecho a la seguridad social el hecho de que el DL. N° 3.500 disponga que el fondo previsional esté únicamente destinado a cubrir las pensiones de seguridad social que contempla y no se encuentre disponible a su titular



para pagar una deuda hipotecaria. El uso alternativo que la recurrente de protección pretende dar a los fondos de su propiedad, acumulados en su cuenta de ahorro previsional, no es una finalidad de seguridad social, en tanto el DL. N° 3.500, al impedir que esos fondos sean destinados a otros fines, no infringe el derecho constitucional en análisis, sino que lo realiza.

Agrega que los fondos de seguridad social, acumulados por medio de cotizaciones obligatorias, tienen un único objeto: proveer las prestaciones de seguridad social, las que consisten en pensiones periódicas de vejez, invalidez y supervivencia. El efecto que el DL. N° 3.500 produce en la gestión pendiente no es contrario al derecho a la seguridad social. En cambio, lo pretendido por los jueces requirentes lo es, pues se trata de privar a la recurrente de protección de su derecho a la seguridad social, que se realiza a través de una pensión mensual de vejez, por una alternativa que satisface otro de sus intereses, como lo es el pago de su deuda hipotecaria, que, por valioso que se considere, no es una prestación de seguridad social.

Comenta que el hecho de que una pensionada de seguridad social prefiera otros bienes o valores al de la seguridad social no la habilita a renunciar a sus pensiones de vejez y emplear los fondos que ha acumulado en satisfacer otras necesidades. No es libre de hacerlo, porque la Carta Fundamental habilita a que la ley establezca cotizaciones obligatorias para asegurar el derecho a la seguridad social, y no para otros fines.

Agrega que es de discusión legislativa o política la justicia o suficiencia de las pensiones que se verifican con el sistema de capitalización individual y debatir si, por medio del DL. N° 3.500, el Estado asegura o no un adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

Pero, agrega, de que la Carta Fundamental autorice al legislador a establecer cotizaciones obligatorias no se sigue que el único sistema de seguridad social que la Constitución autorice sea el de capitalización individual, como no lo es el que nos rige, a partir del Sistema Solidario de Pensiones, compuesto por la Pensión Básica Solidaria y el Aporte Previsional Solidario.

La Constitución permite un régimen más contributivo y solidario. Pero, refiere, no es esa esta discusión. En el requerimiento sólo cabe discutir si los fondos



acumulados bajo el sistema de capitalización individual, cualquiera sea la relevancia de ese pilar, seguirán o no destinándose a prestaciones de seguridad social.

La discusión es sobre si la recurrente de protección debiera seguir recibiendo una pensión de vejez –por bajo que pueda estimarse su cuantía- o si, por el contrario, no debiera recibir pensión alguna.

Expone que, si se pusiera término a un beneficio de seguridad social y se le reemplazara por el goce de otros bienes, que es lo pretendido con el requerimiento, estaríamos en presencia de un acto estatal (judicial), que no garantiza el acceso de todos los habitantes a una prestación de seguridad social. Ello vulnera lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 18° del artículo 19 de la Constitución.

Añade que si la Constitución habilita al legislador a establecer cotizaciones obligatorias como mecanismo para garantizar la seguridad social, es forzoso concluir que el legislador puede establecer cotizaciones obligatorias con el sólo fin de cubrir las contingencias de seguridad social, mediante pensiones de jubilación, invalidez o sobrevivencia, y no para disponer libremente de los fondos que se acumulen en virtud de ellas. La cotización obligatoria es una limitación severa de la libre disposición de los bienes, desde que obliga al trabajador a destinar una parte de su remuneración a una finalidad específica.

Agrega que la propiedad del trabajador sobre esta cuota de su remuneración nace afectada, pues nunca puede usar o disponer de esos fondos hasta que no lo hace en la forma de prestaciones periódicas de seguridad social.

Añade que no se infringe el derecho de propiedad de su titular. Es la Constitución la que habilita al legislador a separar parte de las remuneraciones de los trabajadores (las cotizaciones) y formar con ellas un patrimonio separado de afectación destinado a asegurar un fin único, como lo son las prestaciones de seguridad social.

En dicho contexto, abunda en señalar que la pretensión de desconocer el fin a que se encuentran afectos los fondos previsionales debe considerarse tan contrario a la Constitución como lo sería desconocer la propiedad del trabajador sobre ellos. Los fondos de afectación abundan en nuestro sistema jurídico y no contrarían el derecho de propiedad. Algunos son establecidos por disposición legal, otros por el mismo



dueño. Algunos, como el discutido, cumplen un fin público, aunque tengan un beneficiario individual.

El legislador, argumenta, limita el derecho de propiedad del dueño de su ahorro previsional acumulado, al impedirle disponer de él, hasta tanto no se vayan devengando pensiones periódicas. Lo hace en virtud de un mandato constitucional, dispuesto en la norma del artículo 19, número 18, en cuanto alude a las cotizaciones obligatorias. Esa limitación tiene una función social.

A las alegaciones constitucionales ya expuestas, añade razones por las que el requerimiento deducido debe ser desestimado, por improcedente.

El requerimiento es improcedente por cuanto busca reemplazar por completo la seguridad social vigente y no evitar la aplicación de uno o más preceptos determinados en la gestión pendiente. Lo buscado es poner término al sistema de seguridad social basado en cotizaciones obligatorias y destinadas a cubrir contingencias de seguridad social y reemplazarlo por uno que, con suerte, establezca un sistema de ahorro obligatorio que, llegado a cierta edad, el ahorrante pueda disponer libremente.

Agrega que lo que se debe resolver en la causa es la inconstitucionalidad de todo el DL. N° 3.500; al menos de todo el sistema de pensiones en cuanto establece que las cuentas individuales de capitalización sólo pueden destinarse a cubrir riesgos de seguridad social.

Expone AFP Cuprum que el requerimiento debe declararse improcedente, pues, de acogerse, se verificarán efectos lesivos a la Constitución mayores a los que se alegan. Ningún sistema de seguridad social que se erija total o parcialmente en cotizaciones individuales podrá subsistir, y difícilmente lo podrán hacer las cotizaciones obligatorias que la Constitución permite expresamente establecer al legislador.

Indica que el Estado dejará de asegurar el derecho a prestaciones de seguridad social. Ese es el efecto principal, junto a una multiplicidad de efectos perjudiciales prácticos, como el carácter de embargables que pasarían a tener los fondos o, el pago que debería hacerse de impuesto a la renta, entre otros.



Añade que el requerimiento debe declararse improcedente pues no persigue una inaplicabilidad, sino una declaración de inconstitucionalidad. Lo que se requiere en esta causa es iniciar un proceso de desconstrucción del sistema de seguridad social vigente. Lo que políticamente puede entenderse como una iniciativa legítima deviene en una instrumentalización inconstitucional, una desviación de fin, cuando se intenta emplear a los tribunales para alcanzarla.

Finalmente, el requerimiento debe declararse improcedente, expone, pues el efecto que califica como inconstitucional se verificará igual, como efecto de otros preceptos no impugnados, como el artículo 16 del Convenio Multilateral iberoamericano de Seguridad Social; y el artículo 58 del Código del Trabajo. Aunque se declararan inaplicables o inconstitucionales todos los preceptos del DL. N° 3.500, las cotizaciones y su acumulación seguirían obligatoriamente siendo para seguridad social.

Informes en derecho

A fojas 167, S.E. el Presidente de la República, acompaña informes en derecho de los profesores Humberto Nogueira Alcalá y Pedro Irureta Uriarte.

A fojas 563, la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones A.G., acompaña informe en derecho del profesor Gastón Gómez Bernal.

Autos en relación, vista de la causa y acuerdo

A fojas 561, con fecha 9 de diciembre de 2019, se trajeron los autos en relación. En Sesión de Pleno de 19 de diciembre de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y con los alegatos por la parte de AFP Cuprum S.A., del abogado don Jorge Correa Sutil; por la señora María Angélica Ojeda González, de los abogados doña Javiera Aravena Araneda, y don Fernando Atria Lemaitre; y por S.E. el Presidente de la República, del abogado don Alejandro Charme Chávez. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:



I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO POR EL REQUERIMIENTO

PRIMERO: Que, de acuerdo a lo que consta en la parte expositiva de esta sentencia, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, al conocer del recurso de protección interpuesto por doña María Angélica Ojeda González en contra de la AFP Cuprum por negarle su derecho a usar, gozar y disponer de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual para destinarlos al pago de una deuda hipotecaria, y previo a resolver, mediante resolución de 17 de septiembre de 2019 (fs. 1 a 5 de estos autos constitucionales), dedujo requerimiento de inaplicabilidad ante esta Magistratura a fin de que determine *“si es aplicable el Decreto Ley 3.500”* (c. 4º) y *“establezca, si lo estima admisible, la inconstitucionalidad del Decreto Ley especialmente sus artículos 23, 34 y 51, en cuanto los fondos de capitalización individual tiene como objeto exclusivo otorgar y administrar beneficios de este decreto ley y son particularmente inembargables destinados exclusivamente a generar las prestaciones de pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia, como también los ingresos de las administradoras de fondos de pensiones por concepto de prima o aporte de utilidades, en contravención a la Constitución Política de la República en cuanto a los atributos inalienables del derecho de propiedad, como asimismo del derecho a la seguridad social sobre la garantía del Estado para el acceso a todos los habitantes, sin distinción alguna al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorgue a través de instituciones públicas o privadas”* (fs. 4).

SEGUNDO: Que, si bien el requerimiento efectúa un cuestionamiento genérico al Decreto Ley N° 3.500, impugna particularmente los artículos 23, 34 y 51 de ese cuerpo legal, que ya fueron transcritos asimismo al inicio de la parte expositiva esta sentencia. Tales disposiciones se refieren, en síntesis, a la función que se otorga a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) de administrar los cuatro fondos previsionales a que alude, de recaudar las cotizaciones correspondientes y depósitos que se abonan en las cuentas de capitalización individual y de ahorro voluntario de sus afiliados y, en fin, de la forma de invertir dichos recursos (artículo 23); a que los montos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones están destinados sólo a generar las prestaciones de seguridad a que se refiere la ley (artículo 34); y, en fin, a que, salvo la situación particular de las pensiones de invalidez parciales, las de



vejez, invalidez y sobrevivencia a las que alude la ley se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado (artículo 51).

TERCERO: Que, según el requerimiento, los vicios de inconstitucionalidad que produce la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente consisten en que las normas cuestionadas, al impedir a la recurrente de protección rescatar los dineros acumulados en su cuenta previsional para destinarlos a un fin distinto al de la generación de la prestación de seguridad social que recibe -en este caso, la pensión de vejez- y que le permitirían vivir dignamente, transgreden tanto el derecho de propiedad, que el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental le asegura sobre dichos fondos, como el derecho de seguridad social, contemplado en el numeral 18° del mismo artículo 19.

CUARTO: Que antes de entrar a pronunciarse sobre la infracción del derecho de propiedad que produciría la aplicación de las normas cuestionadas, estos sentenciadores examinarán el reproche de inconstitucionalidad que se formula respecto de la infracción al derecho a la seguridad social.

Ello por cuanto las reglas legales impugnadas se contienen dentro de un cuerpo normativo que establece un Sistema de Pensiones, por lo que el obstáculo que tiene el afiliado para usar, gozar y disponer de los bienes acumulados en su cuenta de capitalización individual se vincula, precisamente, con el ejercicio del derecho a la seguridad social que el Decreto Ley N° 3.500 regula. De este modo cabe examinar primero los vicios de inconstitucionalidad que se formulan a la luz de las características del derecho a la seguridad social que asegura la Constitución y, en especial, del rol que le cabe del Estado tanto en el establecimiento de un sistema de seguridad social como en su supervigilancia. Se trata, por tanto, de revisar si la intervención estatal que ha de orientarse a proteger el derecho a la seguridad social se infringiría a través de la aplicación de los preceptos legales impugnados en la gestión pendiente.

II. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA INFRACCIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL



QUINTO: Que la Carta Fundamental, en el numeral 18° de su artículo 19, asegura a todas las personas:

“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”.

Al efecto, cabe tener en cuenta que, como el Decreto Ley N° 3.500 impide a la recurrente de protección utilizar los fondos acumulados para poder salir de una insolvencia sobreviniente, la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta considera que ese cuerpo legal vulnera la garantía constitucional del N° 18° del artículo 19, en aquella parte que dispone que la acción del Estado debe dirigirse a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes (inciso 3°) y, por otra, que debe supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, a la que se refiere su inciso 4° (fs. 4).

SEXTO: Que antes de hacerse cargo de los reproches formulados, este órgano jurisdiccional revisará primeramente el supuesto de hecho o la llamada “tipicidad iusfundamental” del derecho a la seguridad social, es decir, lo que alude a *“las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho y con ello, al conjunto de enunciados normativos que pueden predicarse como contenido de la protección iusfundamental”* (Eduardo Aldunate Lizana (2008), “Derechos Fundamentales”, Ed. LegalPublishing, p. 138). De este modo, al delimitar tal derecho, es decir, como señala el profesor Humberto Nogueira, al *“determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho”* (“Derechos fundamentales y garantías constitucionales” (2007), Ed. Librotecnia, p. 69) para fijar el contenido y alcance del derecho protegido por la Carta Fundamental, esta sentencia estará en condiciones de contrastar las disposiciones constitucionales que lo desarrollan y que el requerimiento considera infringidas por las reglas legales que impugna. Se trata entonces de determinar si las reglas impugnadas afectan tanto el contenido esencial del derecho de seguridad social como si impiden su libre ejercicio, es decir, si con su aplicación se priva al derecho *“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” (Rol N° 43, c. 21°).

a) EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

SÉPTIMO: Que, al analizar las características del derecho recogido por nuestra Constitución Política, cabe partir por tener presente que, dentro de los derechos de carácter económico y social que comienzan a reconocerse a las personas, especialmente a partir de las leyes alemanas de Bismark de fines del siglo XIX y de las ideas de William Beveridge en los años cuarenta, se encuentra el de la seguridad social.

Se constata que no basta con que las personas, y los trabajadores en particular, ahorren individualmente o mantengan seguros privados -los cuales pueden no estar en condiciones de financiar-, para solventar adecuadamente las dificultades económicas que les demanden la falta de ingresos suficientes surgida con motivo del avenimiento de alguna contingencia social, como son la vejez, la enfermedad, la maternidad, la incapacidad laboral, la muerte y la cesantía, entre otros. En efecto, no hay duda que cualquier sistema de ahorro privado no sirve para asegurar riesgos futuros que permitan solventar los gastos que demanden esos estados de necesidad ya que, en cualquier momento, como el ahorrante puede destinarlo a una finalidad distinta, lo antes acumulado no resultará eficaz para cubrirlos. Resulta por ello indispensable que el Estado, dentro de su finalidad de bien común, establezca las condiciones necesarias para enfrentar esos riesgos en forma mediante el otorgamiento de una serie de prestaciones sociales.

Así, para el Tribunal Constitucional, el derecho a la seguridad social *“tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal (Héctor Humeres Nogue. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 23). Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que alude el art. 1º,*



inciso primero, de la Constitución” (Rol N° 790 c. 31 y en el mismo sentido, Rol N° 3.058 c. 12).

OCTAVO: Que, como todo derecho contemplado en el texto constitucional, el de la seguridad social, en el numeral 18° del artículo 19, se asegura a todas las personas, cualquiera sea su condición. Por otra parte, por su propia naturaleza y por ser un derecho de carácter social, dentro de la concepción de un Estado que está al servicio de la persona humana y que busca el bien común (artículo 1° inciso cuarto), a éste le corresponde la función ineludible y gravitante de establecer las condiciones sociales que permitan tanto garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes como -particularmente dentro de tal actividad- supervigilar el adecuado ejercicio del derecho (inciso 3° del numeral 18° del artículo 19).

Para cumplir con su cometido, el Estado, a través de leyes de quórum calificado, según dispone el inciso segundo del artículo 19 N° 18°, debe determinar el sentido y el alcance de la norma constitucional para establecer un sistema de seguridad social que señale los estados de necesidad y la población que cubre, las prestaciones aseguradas, la forma en que se administrará el sistema, las fuentes de su financiamiento -pudiendo al efecto establecer cotizaciones obligatorias (última oración del inciso tercero del art. 19 N° 18°)- y las demás materias vinculadas al derecho asegurado por la Carta Fundamental.

Por otra parte, el Constituyente, dentro de su tarea de proteger el ejercicio del derecho a la seguridad social, debe preocuparse de supervigilar que, en el hecho, tanto las instituciones públicas como privadas encargadas del otorgamiento de los beneficios previsionales cumplan con otorgarlos y administren adecuadamente el régimen financiero que permite su cobertura.

b) CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA LEGAL DE SEGURIDAD SOCIAL

NOVENO: Que en el sistema de seguridad social que establezca el legislador, las prestaciones destinadas a cumplir el fin específico de cubrir los riesgos derivados



de las contingencias sociales *“pueden ser clasificadas de acuerdo a su modo de financiamiento en dos grandes categorías: prestaciones contributivas y prestaciones no contributivas”* (Hugo Cifuentes Lillo, Pablo Arellano Ortiz y Francisco Walker Errázuriz (2013), *“Seguridad Social. Parte general y pensiones”*, Ed. Librotecnia, p. 94).

DÉCIMO: Que el régimen contributivo se manifiesta a través de un seguro social que garantice su financiamiento, como señala el Convenio N° 35, 13 de octubre de 1935, sobre Seguro de la Vejez, de la Organización Mundial del Trabajo, al expresar: *“Los asegurados y sus empleadores deberán contribuir a la constitución de los recursos del seguro”* (artículo 9). Por su parte, el no contributivo se caracteriza porque es el propio Estado el que asume el costo del financiamiento de las prestaciones a través de los tributos que recaude.

DÉCIMOPRIMERO: Que son elementos constitutivos de los seguros sociales la obligación de afiliación a un determinado régimen de previsión social, el deber de cotizar y el derecho a acceder a las prestaciones una vez cumplidos los requisitos para que éstas sean exigibles. (Gabriela Lanata Fuenzalida (2014): *“Manual de Legislación Previsional”*, Ed. Thomson Reuters, 2° ed., pp. 16 a 18). Mientras tanto, los sistemas no contributivos no exigen afiliación ni cotización para acceder a los beneficios, sino que algunos requisitos como los de residencia y situación económica personal o del grupo familiar.

Ambos sistemas pueden coexistir, ya que a las prestaciones provenientes de los seguros sociales pueden agregarse prestaciones complementarias a éstas o de naturaleza autónoma (pensiones solidarias, asignaciones familiares, subsidios maternales y paternales, etc.), las cuales son financiadas con impuestos generales.

DÉCILOSEGUNDO: Que, por su parte, el sistema de seguridad social chileno establece un régimen obligatorio de pensiones para todos los trabajadores, ya sean éstos dependientes o independientes y sea que se desempeñen en el sector público o en el privado.

No obstante, dentro de tal sistema cabe distinguir diferentes modelos según sea el régimen económico financiero que lo regula, es decir, el *“mecanismo legal e institucional que regula los ingresos y egresos del sistema”* (Enrique Krauss Rusque,



en “Reforma Financiera de la Seguridad Social Chilena”, citado por Gabriela Lanata Fuenzalida, ob. cit. p. 40). Tal régimen sirve entonces para asignar los recursos que ingresan al organismo previsional para el financiamiento de las prestaciones de seguridad social y el costo del aparato administrativo del sistema. Así según la fuente de financiamiento, existen regímenes financieros de reparto y de capitalización.

El régimen de reparto *“se basa en obtener el equilibrio anual entre el monto de los ingresos y el total de egresos del sistema en dicho período, debiendo ser capaz de cubrir la totalidad de prestaciones y los gastos de administración del mismo”* (Héctor Humeres “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Tomo III, 17° edición, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 78); en él los trabajadores activos soportan las cargas económicas de las generaciones pasadas ya inactivas a cambio de que sus necesidades futuras sean soportadas por las generaciones que vengan. Mientras tanto, el régimen de capitalización busca *“reservar las cotizaciones de los afiliados durante un período bastante prolongado, que se determina actuarialmente, con la finalidad de acumular un determinado capital, el cual, incrementado con los intereses devengados durante tal período, debe permitir el pago de las prestaciones, en un momento dado”* (Patricio Novoa Fuenzalida (1977), “Derecho a la Seguridad Social, Ed. Jurídica de Chile, 1977, p. 202).

DÉCIMOTERCERO: Que el sistema de pensiones que establece el DL. N° 3.500 es de carácter contributivo, en cuanto a las prestaciones que otorga, y de capitalización individual, en cuanto al régimen financiero que lo regula.

En relación a su cobertura, se trata del sistema general que se aplica a todos los trabajadores chilenos, dependientes o independientes, quienes están obligados a afiliarse a una Administradora de Fondos de Pensiones.

En él cada afiliado posee una cuenta individual, en la que se depositan sus cotizaciones previsionales para atender las contingencias sociales que le afecten y cuya cuantía dependerá del monto del ahorro acumulado y de la rentabilidad que genere como consecuencia de las inversiones que realizan las propias AFP. Con tales fondos previsionales se financian los riesgos de la vejez, sobrevivencia e invalidez.

DÉCIMOCUARTO: Que, no obstante, en el sistema de seguridad social chileno, específicamente respecto al régimen financiero que establece, junto al de capitalización individual a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,



subsiste el denominado “sistema antiguo de pensiones”, que, siendo de reparto, antes era administrado por Cajas de Previsión Social, fusionadas ahora en el Instituto de Previsión Social (IPS). Ese régimen de aplica a los pensionados que estaban afiliados a las antiguas cajas y que, mientras eran trabajadores activos, optaron por no cambiarse al sistema de pensiones establecido por el DL. N° 3.500. Asimismo, subsiste también un régimen especial de reparto para los miembros de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, administrado tanto por la Caja de Previsión de Defensa Nacional (Capredena) como por la Dirección de Previsión de Carabineros (Dipreca).

DÉCIMOQUINTO: Que en cuanto a la prestación en dinero que constituye la pensión en el caso de que la contingencia social sea la vejez, ésta comienza a percibirse como consecuencia del cumplimiento de la edad de jubilación. Las pensiones, por su parte, se expresan a través de pagos periódicos. Sin embargo, no puede olvidarse que el derecho mismo a las prestaciones nace por el hecho del pago de la cotización y que la pensión es un beneficio de carácter monetario.

DÉCIMOSEXTO: Que, por último, cabe tener presente que la Ley N° 20.255, de 17 de marzo de 2008, creó un sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez, complementario del contenido en el DL. N° 3.500 y que es financiado con recursos del Estado. Este mecanismo, denominado “Sistema de Pensiones Solidarias”, es administrado por el Instituto de Previsión Social.

En relación a los beneficios que otorga el referido sistema solidario por la contingencia de vejez cabe señalar que el Estado otorga una pensión mínima: 1) a quienes no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional, sean los mayores de 65 años, integrantes de las familias que pertenezcan al 60% más pobre del país y con un mínimo de años de residencia en Chile, denominada pensión básica solidaria de vejez (art. 3); 2) a quienes, teniendo derecho a recibir alguna pensión regida por el DL. N° 3.500 por haber cotizado en dicho sistema, el monto de sus pensiones base sea inferior al valor de la pensión máxima con aporte solidario, cuyo monto señala la misma ley, completándose su pensión hasta ese valor si es que cumplen con los demás requisitos establecidos por la ley con el llamado aporte previsional solidario de vejez (art. 9) y, por último, 3) a las personas que, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, recibían pensiones en alguno de cualquiera de los regímenes administrados por el Instituto de Normalización Previsional o que la obtengan en el futuro de alguno de



ellos, cuando su pensión base sea de un monto inferior al valor de la máxima con aporte solidario (artículo décimo transitorio).

DÉCIMOSÉPTIMO: Que, como puede observarse, en nuestra legislación cohabitan entonces diferentes sistemas, más o menos contributivos o asistenciales, todos los cuales caben dentro del marco constitucional, desde que es la propia Carta la que entrega a la ley la regulación de su ejercicio, sobre la base de los principios que fundan todo sistema de previsión social y de las reglas que desarrollan aspectos del contenido del derecho que ella misma se preocupó de señalar.

c) GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

DÉCIМООCTAVO: Que, analizando el rol que la Carta Fundamental confía al Estado, incluyendo en él al legislador, para asegurar el acceso de los habitantes al goce de las prestaciones de seguridad social a que se refiere la primera oración del inciso tercero del numeral 18° del artículo 19, este Tribunal ha expresado que *“tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseñada, implica garantizar “el acceso”. Ya se observó por esta Magistratura (STC Rol N° 1710) que esta fórmula era la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias”*. (STC 1572 c. 56).

La garantía a que se refiere la disposición constitucional se vincula, entonces con un deber estatal. La regla constitucional busca aportar un criterio normativo para apreciar la juridicidad de la actuación del Estado y, por ello, constituye una norma material de competencia que llama a la intervención estatal para proteger el derecho a la seguridad social.

Por lo anterior no puede exigirse una determinada y específica forma de comportamiento al Estado en la protección del derecho a la seguridad social. Ello es sin perjuicio, por cierto, de algunas obligaciones que expresamente señala la Constitución que deben cumplir ya el legislador de quórum calificado, en cuanto a regular el ejercicio del derecho (inciso segundo del numeral 18 del artículo 19), ya el



Estado, en general, en cuanto a supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social (inciso cuarto del mismo precepto).

DÉCIMONOVENO: Que, en este mismo orden de ideas, el mismo inciso tercero del artículo 19 N° 18° de la Constitución faculta a la ley para establecer cotizaciones obligatorias, constituyendo este mecanismo un medio eficaz para que el Estado garantice el ejercicio del derecho a la seguridad social.

A las cotizaciones obligatorias alude expresamente también el N° 9° del mismo artículo 19, en relación al derecho a la protección de la salud, derecho que, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al de seguridad social, por cuanto el deber del Estado de promover al acceso de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo (inciso segundo) busca resguardar al individuo frente a ciertas contingencias sociales que puedan poner en peligro o mermar su salud y que un sistema de seguridad social también debe cubrir.

VIGÉSIMO: Que, según el Diccionario de la Lengua Española, “cotización” es “acción y efecto de cotizar” y “cotizar”, por su parte, es “pagar una cuota”, “dicho de una persona: pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social”. Esta segunda definición lleva a comprender el concepto como una cuota o porcentaje de la remuneración del trabajador o a un aporte que efectúa el empleador destinado a la seguridad social.

Ahora bien, la obligación de cotizar *“se explica por la necesidad de contribuir a financiar el sistema de previsión social que se establece en favor de todos los integrantes de la comunidad nacional, finalidad que no se lograría si la cotización quedara librada del todo a la sola voluntad de éstos y creando consecuentemente el riesgo de no continuar otorgando las pensiones comprometidas”* (Alejandro Silva Bascuñán (2010), “Tratado de Derecho Constitucional, tomo XIII, p. 398). De allí que el establecimiento de cotizaciones obligatorias por parte del legislador, sobre la base de la habilitación contenida en el artículo 19 N° 18° de la Carta, es un instrumento de que dispone el Estado para cumplir con su deber de garantizar económicamente el goce del derecho a la seguridad social.

VIGÉSIMOPRIMERO: Que aunque las cotizaciones son una especie de gravamen, ello no obsta a que el servicio de seguridad social pueda prestarse en colaboración con particulares a través de “instituciones públicas o privadas”, como dispone también la primera oración del inciso tercero del N° 18° del artículo 19 de la



Carta Fundamental, en relación con su artículo 1° inciso tercero, y que su financiamiento -como ya se explicó- pueda provenir tanto de aportes privados, como es el que deriva de las cotizaciones obligatorias, como de aportes estatales.

Las cotizaciones, por lo tanto, pueden ingresar a un ente de carácter privado que administre los fondos reunidos –cobrando para ello una comisión- a fin de lograr su mayor rentabilidad, como lo hacen las AFP que regula el DL. 3.500. Lo determinante es que, cualquiera sea el sistema que adopte el legislador, el Estado está obligado a controlar su debido funcionamiento a fin de velar porque se satisfaga el derecho a la seguridad social (inciso final artículo 19 N° 18°).

VIGÉSIMOSEGUNDO: Que, de acuerdo entonces a lo ya expresado, en un sistema contributivo como el regulado por el DL. 3.500, el goce de las prestaciones de seguridad social que otorguen las Administradoras de Fondos de Pensiones se garantiza forzando a sus afiliados a financiarlas mediante las cotizaciones que son descontadas de sus remuneraciones y que ingresan a su cuenta de capitalización individual.

Este Tribunal ha distinguido lo que es el “fondo previsional”, que mantiene cada persona afiliada a una AFP en su cuenta de capitalización individual, de la “cotización” que ingresa a ella. Así ha sostenido que tal fondo, *“se forma, de acuerdo a lo que dispone el propio Decreto Ley N° 3.500, como un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre los dineros depositados en él. Cada Fondo de Pensiones está constituido principalmente por las cotizaciones y demás dineros depositados en la cuenta de capitalización individual, por lo cual la propiedad del trabajador sobre dicho “fondo previsional” nace cuando los dineros son depositados en dicha cuenta de capitalización individual; en cambio, sobre las cotizaciones previsionales el trabajador tiene el derecho a exigir al empleador el cumplimiento del deber que tiene de retenerlas, declararlas y depositarlas en dicho fondo o en el de cualquier otro organismo previsional que establezca la ley”* (Rol N° 767, c. 13°).

VIGÉSIMOTERCERO: Que, por otra parte, reconociendo que la seguridad social es un concepto rico y comprensivo de todas las medidas que lleven al otorgamiento de prestaciones para garantizar una adecuada protección frente a los estados de necesidad originados por el acaecimiento de una contingencia social, esta Magistratura ha manifestado que *“el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven*



conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19 N° 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18)” (Rol N° 1710, c. 131). Es por lo anterior que la supresión, en el texto actual, de tales principios de la seguridad social -que se contemplaban expresamente en el inciso tercero del N° 21° del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, de 1976- según lo que ha expresado este Tribunal, “carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica” (sentencia Rol N° 1287 cc. 25 y 30).

VIGÉSIMOCUARTO: Que, entre tales principios esenciales de la seguridad social, tiene importancia en el caso que nos ocupa el de **suficiencia o solvencia**, correspondiendo al Estado, y en especial al legislador, velar por su efectiva vigencia. Tal principio persigue que los regímenes previsionales cubran en la forma más amplia la respectiva contingencia social, de manera tal que no se afecte gravemente la capacidad de consumo de quien la sufra. Con ello el Estado cumple con su deber de generar las condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (artículo 1° inciso cuarto).

Buscando definir tal principio, la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, señala que las prestaciones de cualquier sistema de seguridad social “*deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud. Para lograr esto, los Estados deben revisar periódicamente los criterios empleados para determinar el nivel suficiente. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente*” (Observación General N° 19, aprobada el 23 de diciembre de 2007, p. 8).

VIGÉSIMOQUINTO: Que el principio de suficiencia o solvencia en la Carta Fundamental se encuentra recogido en la disposición constitucional cuando señala que se asegura el acceso al goce de prestaciones “básicas”, es decir, como dice el Diccionario de la Lengua Española, es aquello “que se encuentra en la base de cierta cosa, que es lo más importante o de importancia fundamental”, o sea, se trata de “que la prestación sea suficiente, por lo menos, para asegurar la subsistencia mínima de la persona” (Lanata, ob. cit., p. 28). Es decir, la Constitución le confía al legislador la tarea de regular el ejercicio del derecho sobre la base de que impondrá un nivel



mínimo, básico de prestación para asegurar cubrir los estados de necesidad que surjan con motivo de las contingencias sociales.

d) APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS NO VULNERA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

VIGÉSIMOSEXTO: Que, teniendo presente los antecedentes y argumentos previos relacionados con el derecho a la seguridad social, con su finalidad propia y con el marco constitucional y legal que lo asegura y desarrolla, esta sentencia rechazará la impugnación del requerimiento en relación a la inconstitucionalidad del DL. 3.500 y, en especial, de sus artículos 23, 34 y 51 por vulnerar la primera oración del inciso 3° y el inciso 4° del numeral 18° del artículo 19.

Tales cuestionamientos se fundan, entre otros razonamientos -como señala el auto motivado que contiene el requerimiento, de 17 de septiembre de 2019, de la Iltá Corte de Apelaciones de Antofagasta- en que todo trabajador chileno afiliado a una AFP, al cumplir con los requisitos legales, tendrá *“derecho a una pensión de vejez, desvinculada de la remuneración obtenida en el último año de trabajo y relacionada directamente con el monto acumulado, el que puede ser insignificante para los efectos de la pensión y atentatorio contra la persona humana para los efectos de poder llevar una vida holgada en la vejez. En este caso concreto se trata de una profesora que acumuló una cantidad de dinero significativa para responder a sus deudas y hacer una vida normal pero ínfima para los efectos de una pensión al punto que se encuentra en una insolvencia que podría generar la pérdida de su casa”* (considerando 3°, que rola a fs. 3 de estos autos constitucionales).

VIGÉSIMOSÉPTIMO: Que, en efecto, en primer lugar, la Iltá. Corte de Apelaciones de Antofagasta, razona en forma abstracta en relación a la generalidad del cuerpo legal, para considerar que éste no satisfaría el principio de suficiencia, integrante de un sistema de previsión social.

Al efecto sostiene que, en el caso concreto, *“se trata de una profesora que acumuló una cantidad de dinero significativo para responder a sus deudas y hacer una vida normal pero ínfima para los efectos de una pensión al punto que se encuentra en una insolvencia que podría*



generar la pérdida de su casa” (fs. 3 vta.), indicando además que la capitalización de los fondos acumulados por la recurrente de protección “no puede utilizarla en su propio beneficio para salir de una insolvencia sobreviniente, desconociéndose la obligación establecida en la misma ley, del Estado, en cuanto a generar una pensión mínima, contradicciones que crea el Decreto Ley referido no sólo contra el derecho de propiedad sino con la garantía constitucional del N° 18 del mencionado artículo 19 en cuanto la acción del Estado debe estar 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, permitiendo a la ley establecer cotizaciones obligatorias, pero exigiéndole al Estado que supervigile el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, lo que evidentemente en este caso no se da” (fs. 4).

VIGÉSIMOCTAVO: Que, ahora bien, no hay duda de que, en un sistema contributivo como el contemplado en el DL. N° 3.500, la capacidad de ahorro es un factor decisivo para la determinación de las prestaciones previsionales que buscan cubrir los riesgos derivados de las contingencias sociales que cubre el sistema.

Por ello, en un régimen que se financia principalmente con las cotizaciones previsionales, según ha expresado este Tribunal, *“la principal dificultad normativa consiste en la búsqueda de garantías efectivas que permitan satisfacer el contenido constitucional de esta clase de derechos fundamentales”*. (STC 1.876 c. 16°).

VIGÉSIMONOVENO: Que, sin embargo, al reconocer el derecho a la seguridad social e indicar que el Estado garantiza el acceso a todos los habitantes al goce **prestaciones básicas y uniformes**, la Constitución garantiza la existencia de un nivel mínimo y obligatorio de prestaciones para proteger a las personas de los riesgos sociales. El monto de la pensión respectiva, conforme al sistema actual de capitalización individual regulado por el DL. 3.500, si bien se calcula principalmente en base a los recursos que haya podido acumular el afiliado durante su vida laboral, se entera también con los que pueda proveerle el Estado en caso de que éstos no sean suficientes para garantizarle una pensión mínima.

Es por ello que, aunque en el sistema contributivo que establece el DL. 3.500 el financiamiento de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia se efectúa con el saldo de los fondos previsionales acumulados antes de que ocurra la contingencia y que se forma con las cotizaciones obligatorias y de rentabilidad que se obtenga por su inversión, la garantía al acceso del goce las prestaciones básicas se expresa no sólo por



el dinero así acumulado, sino por haberse agregado a ese régimen contributivo de pensiones un Pilar Solidario, que complementa las pensiones cuando éstas no alcancen un determinado monto.

Si bien el sistema está abierto a que puedan introducirse otros criterios que lleven a salvar las inequidades del mercado del trabajo para mejorar el monto de las pensiones, el Estado cumple con garantizar el acceso a un mínimo de pensión, recayendo, por lo tanto, los cuestionamientos del requerimiento más bien en asuntos de mérito vinculados a una determinada política legislativa y no a vicios de carácter constitucional.

TRIGÉSIMO: Que, por otra parte, la única forma de asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el acceso a una pensión mínima o a la que resulte de un monto superior por la cuantía de los fondos previsionales acumulados, es que la ley exija que los fondos destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social tengan ese único objetivo, como disponen los preceptos legales impugnados.

Si tales fondos se destinaran a otros objetivos, el Estado -a través de una sentencia judicial- atentaría en contra de su propio deber de supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, renunciando así a su obligación de velar porque los afiliados al sistema enfrenten adecuadamente sus estados de necesidad. En ese sentido y, en concreto, el problema que plantea el requerimiento recae en determinar si la recurrente de protección debe seguir recibiendo una prestación de seguridad social, en este caso, una pensión de vejez, o no debe recibir pensión alguna. Esta última situación no hay duda que produciría un flagrante atropello a su derecho a la seguridad social.

No puede olvidarse al efecto, como ya se ha señalado en esta sentencia, que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones a que se refiere el Decreto Ley 3.500, como son las pensiones por vejez, por invalidez y por sobrevivencia, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social, cuya supervigilancia está a cargo del Estado.



Destinar tales fondos a otros propósitos entonces desvirtúa la finalidad que persigue la seguridad social, ya que en los beneficios que otorga un sistema de seguridad social hay un interés general comprometido (STC Rol N° 519, c. 13°).

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que, por lo tanto, la circunstancia de que la recurrente de protección se encuentre ya pensionada y solicite el retiro íntegro de los fondos que tiene acumulados en su cuenta de capitalización individual, debido a que la jubilación que recibe no le es suficiente para solventar sus gastos vitales -incluyendo el pago de una deuda hipotecaria-, no le habilita para rescatar libremente tales fondos, por cuanto tal retiro sólo cabe en aquellos casos en que el legislador lo ha autorizado excepcionalmente.

En efecto, la ley puede autorizar el retiro parcial o total de los fondos previsionales, pero siempre y cuando detrás de ello existan motivos de seguridad social. Así ocurre, por ejemplo, al regular los artículos 20, 21, 22, 62, 62 bis, 65 bis y 179 del DL. 3.500 lo referente al retiro de los excedentes de libre disposición que queden luego de que el afiliado haya optado por alguna de las modalidades de pensión a que alude el artículo 61: renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida, retiro programado o renta vitalicia inmediata con retiro programado.

Pero, en el caso concreto, no nos encontramos frente a una de aquellas situaciones en las que extraordinariamente la ley permite acceder a los referidos recursos para garantizar el derecho a la seguridad social, sino ante una solicitud de la señora Ojeda para acceder a los fondos acumulados con el objeto de cubrir ciertos gastos, lo que le conducirá a no poder ejercer el derecho que le asegura el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución.

En definitiva, de producirse tal retiro se vulnerarían las disposiciones constitucionales que el requerimiento estima transgredidas, y que dicen relación con la obligación que tiene el Estado de garantizar tanto el acceso al goce de las prestaciones de previsión social como el ejercicio mismo del derecho a la seguridad social.

III. DERECHO DE PROPIEDAD

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, en segundo lugar, es necesario examinar si los artículos 23, 34 y 51 del Decreto Ley N° 3.500 vulneran el derecho de propiedad que



la Constitución asegura a la recurrente de protección, en su artículo 19 N° 24°, teniendo presente que ambas partes en la gestión pendiente están contestes en que la actora es dueña de los recursos enterados en su cuenta de capitalización individual formado con el monto de las *cotizaciones* que se han descontado de sus remuneraciones.

Así, la accionante de protección expone en su recurso que la decisión de la Administradora de Fondos de Pensiones contra la que acciona “(...) *implica un flagrante desconocimiento de mi derecho de dominio sobre mis ahorros previsionales* (...)” (fs. 11 de estos autos constitucionales) y, por ello, solicita en el petitorio respectivo que se restablezca el imperio del derecho, “(...) *declarando que se ha vulnerado mi derecho de propiedad* (...)” (fs. 14).

A su turno, la Administradora de Fondos de Pensiones, al informar el recurso, expuso que “(...) *si bien, es indudable que las cotizaciones previsionales del Recurrente forman parte de su propiedad, resulta a lo menos cuestionable y discutible el hecho que la contraria pueda ejercer, respecto de aquellos fonos las facultades de uso, goce y disposición de forma irrestricta, esto es, de acuerdo a sus propios fines e intereses*” (fs. 21 vta.).

Por último, así también consta en el requerimiento judicial que da inicio a estos autos de la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, donde se indica que “(...) *el Estado de Chile obliga a cada trabajador tener dentro de su patrimonio una cuenta individual de capitalización* (...)” (fs. 51).

a) EXTENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL

TRIGESIMOCUARTO: Que, en el artículo 19 N° 24° inciso primero de la Carta Fundamental, se asegura a todas las personas “[e]l *derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”, por lo que “[q]ueda, pues, *declarado el reconocimiento de la propiedad privada adquirida en forma individual, familiar, cooperativa, comunitaria y en cualquier otra, a todas las que se les proporciona una eficaz protección* (...)” (José Luis Cea Egaña: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 189).



TRIGESIMOQUINTO: Que, por lo mismo, hemos señalado que “(...) *la Constitución reconoce el derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinado. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad “en sus diversas especies”. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure. De hecho, el propio constituyente se refiere a algunas de ellas: la minera (artículo 19, N° 24°), la que recae en los derechos de agua (artículo 19, N° 24°), la intelectual y artística (artículo 19, N° 25°), la que recae sobre los bienes que deben pertenecer a la Nación toda (artículo 19, N° 23°).*”

No existe, entonces, una propiedad general y propiedades especiales; existen sólo propiedades distintas, con estatutos propios. La Constitución garantiza el derecho de propiedad, cualquiera fuera éste. No hay en la Constitución un modelo a partir del cual se configuren las distintas propiedades. (...).

Con esta apertura a la heterogeneidad de estatutos de la propiedad, se buscó amparar “en forma amplia este derecho, cualquiera que sea su significación patrimonial o la forma de propiedad, sea esta última individual, familiar, comunitaria, etc.” (Informe con Proposiciones e Ideas Precisas, reproducido en Revista Chilena de Derecho, V. 8, n° 1-6, 1981, pág. 212) (...). (c. 28°, Rol N° 2.912).

TRIGESIMOSEXTO: Que, desde esta perspectiva, los recursos que forman la cotización y que, por ello, deben incorporarse a la cuenta de capitalización individual, que es administrada por la Administradora de Fondos de Pensiones que determina el trabajador -junto con los que sean producto de la rentabilidad que produzca la inversión de tales dineros-, son de su propiedad, desde que provienen de su remuneración, de la que se extraen para cubrir la contingencia derivada de la vejez, invalidez o sobrevivencia, según sea el caso.

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, la circunstancia que esos dineros sean enterados en la cuenta que el afiliado mantiene en la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones, tendiente a garantizar el derecho a la seguridad social cuando sobrevenga alguna de aquellas tres contingencias, no altera la naturaleza del vínculo con su cotización ni con los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, en cuanto a que, desde la perspectiva constitucional, se trata de una relación de dominio que se garantiza mediante el derecho de propiedad asegurado en el numeral 24°.



Así, en su calidad de dueño de los fondos previsionales acumulados, el DL. N° 3.500 reconoce al afiliado una serie de derechos, entre otros, el de poder transferirlos a otra Administradora, elegir el nivel de riesgo que quiere asumir en sus inversiones y decidir efectuar aportes voluntarios en forma individual o colectiva.

TRIGESIMOCTAVO: Que, sin embargo, el dominio de que goza el afiliado respecto de los fondos previsionales que administran las AFP, constituye “una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado sólo puede usarla con ese fin” Rol 333, c. 9°), es decir, ellos constituyen “un patrimonio de afectación” (Rol 219, c. 39°).

Por lo anterior, el afiliado sólo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el DL. N° 3.500.

Ello sucede así porque tales fondos están sujetos a un modo, por cuanto tienen como finalidad específica e inmodificable financiar la respectiva pensión, lo cual no se contrapone con el derecho de propiedad, sino que, por esta circunstancia, nos encontramos aquí con una “especie de propiedad”, de aquellas que el legislador puede configurar, según dispone el propio numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

TRIGESIMONOVENO: Que, a lo anterior cabe agregar que, de acuerdo a lo que establece el inciso segundo del artículo 19 N° 24° de la Constitución, “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella”.

Siendo así, y estando dirigidos para ser utilizados únicamente para fines de seguridad social, los dineros acumulados son destinados por ley al pago periódico de pensiones, sin que entonces el trabajador o el ya pensionado pueda usar o disponer libremente de ellos.

CUADRAGÉSIMO: Que, por lo expuesto, el requerimiento judicial de fs. 1 plantea, también desde esta perspectiva, una *cuestión constitucional* y no de mera interpretación del Decreto Ley N° 3.500, puesto que la determinación de las variables jurídicas esenciales del asunto que nos pide resolver se encuentran definidas en la Carta Fundamental: a) que el derecho de propiedad se asegura *en sus diversas especies*;



b) que una de esas *especies* de propiedad corresponde a la que recae sobre las *cotizaciones* que ha podido establecer el legislador, en virtud del mandato contenido en su artículo 19 N° 18°; c) que, en relación al dominio que posee el afiliado sobre los fondos previsionales acumulados con tales cotizaciones, al corresponder a *la ley establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella*, sus facultades están sujetas a que respecto de él se verifique un estado de necesidad y no antes, y además la forma en que podrá acceder a tales fondos es percibiendo una pensión en la forma periódica que estipula la ley, para garantizar que pueda enfrentar sus necesidades económicas mientras se encuentre sujeto a la contingencia social.

b) COTIZACIONES

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, sin ir más lejos, en nuestra jurisprudencia se ha explicado que la *obligación de cotizar* consiste en “(...) un acto mediante el cual de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos” (Rol N° 3.058, c. 11° y Rol N° 576, c. 14°).

Dicha obligación, en el caso del derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18° inciso tercero) y del derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9° inciso cuarto) fue constitucionalizada por la actual Carta Fundamental, autorizando a la ley para que pudiera establecer *cotizaciones*, tal y como lo hizo, precisamente, en el Decreto Ley N° 3.500.

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, es interesante recordar que tal constitucionalización se produjo casi coetáneamente con la discusión acerca del proyecto de ley que culminaría en el DL. N° 3.500, entre enero de 1979 y marzo de 1980. Incluso, la tramitación de esa iniciativa se suspendió con motivo del plebiscito celebrado el 11 de septiembre de 1980 (<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7552/>).

Por lo mismo, al revisar los antecedentes de ambas disposiciones constitucionales se constata que la autorización al legislador para establecer *cotizaciones* no fue propuesta por la Comisión de Estudio ni por el Consejo de Estado,



sino que se incorporó durante la tramitación del proyecto de Nueva Constitución en la Junta de Gobierno, sin que consten mayores explicaciones al respecto (Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno (julio-agosto, 1980): *Transcripción y Antecedentes. Decreto Ley N° 3.464*, Vol. 3, p. 1.184 (anotación manuscrita del Secretario de Legislación) y Vol. 2, pp. 858-859).

Pero es ilustrativo, como se ha dicho, que la preceptiva constitucional se haya tramitado, discutido y aprobado casi paralelamente a la dictación del Decreto Ley N° 3.500 y también al Decreto Ley N° 3.501, publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1980, que fijó el nuevo sistema de cotizaciones previsionales, en virtud del cual “(...) se hicieron de cargo del trabajador todas las cotizaciones para pensión, con excepción de las correspondientes al régimen del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que continuaron siendo responsabilidad del empleador. Anteriormente, un importante porcentaje de las mismas debían efectuarse por el empleador y/o el Estado. De este modo, se incrementaron las remuneraciones brutas, compensándose los efectos derivados sobre los trabajadores por tener que efectuar el total de las cotizaciones” (Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, Vol. I, 2006, p. 16. En el mismo sentido, el Informe Final Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, 2015, p. 53).

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, en consecuencia, la obligación de enterar determinadas sumas de dinero de propiedad del trabajador para acumular fondos que permitan cubrir necesidades derivadas de la seguridad social, por ejemplo, mediante pensiones de vejez, se encuentra directamente contemplada por la Constitución con una habilitación al legislador para que así lo determine y que, de ser adoptada por éste, implicará destinar esos recursos a las contingencias correspondientes, sin que ellos puedan ocuparse para una finalidad diversa, de tal manera que, tratándose de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, la naturaleza de las cotizaciones (en cuanto son parte de las remuneraciones del trabajador) y su aplicación a esa finalidad se encuentran constitucionalmente establecidas.

CUADRAGESIMOCUARTO: Que, así sucede en el caso aquí examinado, donde las sumas de dinero que conforman la cotización -descontadas de la remuneración del trabajador- están exclusivamente destinadas a satisfacer su pensión, pues, de acuerdo con el artículo 51 inciso primero del Decreto Ley N° 3.500, impugnado en estos autos constitucionales, “[l]as pensiones de vejez, invalidez y



sobrevivencia establecidas en el Título II, se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado", en relación con su artículo 17 inciso primero, en virtud del cual "[l]os trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imposables".

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, no es extraño que sea la propia Constitución la que admita un mecanismo especial de administración por un tercero de bienes que son de propiedad privada. A estos patrimonios de afectación, que en este caso existe porque "un administrador que debe invertir y sacar las mayores rentabilidades de esos dineros, y luego destinarlos a las prestaciones de seguridad social como pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia" (Hernán Corral Talciani, "Fondos de pensiones: ¿propiedad o crédito modal?", <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/09/29/fondos-de-pensiones-propiedad-o-credito-modal/>), también alude el artículo 8° inciso cuarto de la Ley Fundamental, al disponer que una ley orgánica constitucional determinará los casos y las condiciones en que el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores y las demás autoridades y funcionarios que ella establezca, delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública.

CUADRAGESIMOSEXTO: Que cualquier régimen contributivo -sea de reparto o de capitalización- se manifiesta a través de un seguro social que garantice su financiamiento y por ello constituye una obligación cotizar en tal régimen, para de ese modo contribuir al establecimiento de los recursos que permitan cubrir las prestaciones que otorgue. No obstante, sobre los fondos acumulados en el sistema contributivo de capitalización individual que establece el DL. 3.500, y cuyo origen se halla principalmente en las cotizaciones que la Constitución autoriza al legislador imponer, el afiliado ejerce entonces el derecho de propiedad, en una de sus especies, por cuanto tales fondos constituyen un patrimonio de afectación, destinado a cubrir determinados riesgos sociales mediante el otorgamiento de prestaciones de seguridad social una vez cumplidos los requisitos para que éstas sean exigibles.

c) NUESTRA JURISPRUDENCIA



CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, esta Magistratura ha tenido diversas oportunidades de pronunciarse en torno de distintos asuntos vinculados con las cotizaciones reguladas en el Decreto Ley N° 3.500, desde que, en 1982, en el Rol N° 12, ejerció el control obligatorio, previsto en el artículo 93 inciso primero N° 1° de la Carta Fundamental, con motivo del proyecto de ley que la interpretaba en relación con las pensiones integrantes de un sistema de seguridad social y su reajustabilidad.

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, posteriormente se han emitido, entre otras, las sentencias contenidas en los Roles N° 334, 519, 576, 767, 977, 1.204, 1.399, 1.968, 2.037, 2.537, 2.938, 3.058, 3.265, 3.404, 3.539, 3.540, 3.541, 3.865, 4.102, 4.465 y 7.060, sobre diversas cuestiones relacionadas con las cotizaciones previsionales, incluyendo varias sentencias a propósito de requerimientos de inaplicabilidad respecto de incisos del artículo 162 del Código del Trabajo en nexos con su artículo 429 (Roles N° 3.722, 3.892, 5.151, 5.152, 5.679, 5.747, 5.822, 5.986, 6.166, 6.167, 6.203, 6.469, 6.879, 6.989 y 7.010), de los cuales es menester detenerse en algunos de ellos que resulta útil tener presente para resolver el requerimiento de inaplicabilidad planteado en estos autos.

Así, en el Rol N° 334, originado en un requerimiento formulado por diversos senadores respecto del proyecto de ley que, modificando el Decreto Ley N° 3.500, establecía normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias, esta Magistratura sostuvo “[q]ue, por otra parte, con gran claridad escribe el destacado profesor Andrés Cuneo: *“Desde otro punto de vista, el afiliado tiene la propiedad de los fondos previsionales que registra su cuenta individual en el sistema, porque sobre las cosas incorporales nos dice nuestro Código Civil- también hay propiedad. Con todo, esta es una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado sólo puede usarla con ese fin, pero puede defenderla del mismo modo que cualquier cosa incorporal que tenga, en propiedad, en su patrimonio”*. Y luego agrega *“Más aún, eventualmente y dependiendo del caso, esta propiedad sobre los fondos previsionales puede ser transmisible, como cualquier otro derecho patrimonial, cuando cesa la afectación -como ocurre cuando el afiliado que muere no tiene beneficiarios- o puede constituir propiedad pura y simple, cuando su monto excede del capital necesario para financiar la pensión que determina la ley”*. (Algunas Reflexiones Sobre una Experiencia Jurídica de Cuarenta Años. Clase Magistral. Inauguración Año Académico 2000, Universidad Diego Portales, pág. 8)” (c. 9°, Rol N° 334. En el mismo sentido, c. 13°, Rol N° 1.876; c. 26°, Rol N° 2.537; c. 9°, Rol N° 2.853; c. 3°, Rol N° 2.938.



CUADRAGESIMONOVENO: Que, a su turno, en el Rol N° 576, con motivo de un requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, que regulan el arresto como apremio por el no pago de las cotizaciones previsionales, la unanimidad de quienes concurrieron al acuerdo expusieron que “(...) De este modo, la obligación de cotizar “es exigida por la sociedad, representada para este efecto por el órgano gestor; es una obligación de derecho público subjetivo, que faculta al titular para exigir la obligación, por lo cual nuestra jurisprudencia ha considerado que la obligación de cotizar no tiene carácter contractual ni ha nacido de la voluntad de las partes” (...);

Que por último en relación a esta materia, es del caso tener presente que, tal como lo ha señalado esta misma Magistratura, se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado. En efecto, en el sistema de pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500, “cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituye un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos”; 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 artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República que reconoce el derecho de propiedad no sólo sobre los bienes corporales sino también respecto de los incorporales (Rol N° 334, 21 de agosto de 2001, considerando 5º). Es por lo mismo que, como se consigna en el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, correspondiente al primer trámite constitucional de la Ley N° 19.260, “cualquier discusión que se desee hacer sobre las cotizaciones previsionales, debe partir por reconocer el derecho de propiedad de los trabajadores sobre ellas, si bien afectado al cumplimiento de sus finalidades propias. Pesa sobre el Estado el deber consiguiente de velar por su entero oportuno en el organismo de previsión correspondiente”. Se trata, de este modo, de un derecho de claro contenido patrimonial que se impone como consecuencia del deber de cotizar en aras a la consecución de determinados fines sociales, habida consideración de que - tal como lo ordena el artículo 1º de la Constitución Política- el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales” (c. 14º y 15º. En el mismo sentido, c. 14º y 15º, Roles 519 y 767; c. 13º, Rol N° 1.876; c. 11º, Rol N° 3.058, c. 11º, Rol N° 3.265).



QUINCAGESIMO: Que, precisamente, en el Rol N° 3.058, también a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.322, esta Magistratura expuso “[*que, en relación al segundo derecho fundamental comprometido, resulta necesario considerar, tal como lo ha establecido esta misma Magistratura en diversas ocasiones (Véase, entre otras, STC roles Nos 2853-15, cc. 6° a 10°, 12° y 13°; 1876-10, c. 13°; 2536-13, c. 10°; 2537-13, c. 14°), que se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado.*”

Lo anterior es claro, pues en el sistema de pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500, “*cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituye un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos*”; 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 artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República que reconoce el derecho de propiedad no sólo sobre los bienes corporales sino también respecto de los incorporeales (Rol N° 334, considerando 5°).

Aquello ha sido reconocido por el propio legislador, pues tal como se consigna en el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, correspondiente al primer trámite constitucional de la Ley N° 19.260, “*cualquier discusión que se desee hacer sobre las cotizaciones previsionales, debe partir por reconocer el derecho de propiedad de los trabajadores sobre ellas, si bien afectado al cumplimiento de sus finalidades propias. Pesa sobre el Estado el deber consiguiente de velar por su entero oportuno en el organismo de previsión correspondiente*” (...)” (c. 12°, Rol N° 3.058).

QUINCAGESIMOPRIMERO: Que, asimismo, es útil recordar el c. 12° del Rol N° 3.265, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad que cuestionaba los artículos 58 del Código del Trabajo y 17 inciso primero del Decreto Ley N° 3.500 que imponen la obligación de cotizar, pues allí sostuvimos que “[*m]edulares en aquel sistema resultan, entonces, la obligación legal de descontar desde la remuneración del trabajador que pesa sobre el empleador, el importe de la cotización y su reintegro a una Administradora de Fondos de Pensiones, con el fin de que sea ingresada al fondo individual de cada trabajador, a efectos de que estos tengan acceso o goce a una jubilación o pensión de vejez” (También, en el c. 12°, Rol N° 3.404).*



d) APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES NO RESULTA CONTRARIA AL DERECHO DE PROPIEDAD

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que, se nos ha pedido examinar la constitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 23, 34 y 51 del Decreto Ley N° 3.500, en cuanto impiden a las Administradoras de Fondos de Pensiones restituir, íntegramente, de una sola vez y a solo requerimiento del afiliado, los fondos que integran la cuenta de capitalización individual de la recurrente de protección en la gestión pendiente, porque vulneraría su derecho de propiedad sobre esos fondos.

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, “[l]a inversión de los Fondos debe tener como único objetivo la obtención de una adecuada rentabilidad, con la mayor seguridad. Toda otra finalidad que se pretenda dar a las inversiones que se realicen con esos saldos se considera contraria a los intereses de los afiliados y constituye un incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la Administradora (...)” (Hugo Cifuentes Lillo: *El Sistema de Seguridad Social Chileno*, Santiago, Ediciones UC, 2018, p. 27), tal y como lo hemos sostenido invariablemente en nuestra jurisprudencia, la cual deja en evidencia que la cotización, autorizada por la Constitución, ha podido ser impuesta obligatoriamente por el legislador; de ser así, corresponde a una parte de la remuneración del trabajador y, por ende, es de su propiedad, aun cuando su administración sea asumida por un tercero; ese dinero que se acumula en su cuenta, se encuentra afecto a los fines propios de la seguridad social, es decir, a cubrir las contingencias que aquejen al trabajador, como sucede con la vejez la invalidez o la sobrevivencia.

Tales fondos, entonces, no pueden destinarse a fines distintos ni aun para situaciones cuya gravedad y urgencia no puede ser desconocida, pero cuyos costos deberán cubrirse con otros recursos, sin que pueda dejarse desprovisto de asistencia al afectado, lesionando su derecho a la seguridad social, como ya lo explicamos.

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, no obstante lo anterior, el legislador puede prever casos excepcionalísimos en los cuales se autorice el retiro de los fondos formados con las cotizaciones. Ello sucede, por ejemplo, cuando la satisfacción de las contingencias de seguridad social se encuentra plenamente cubierta mediante otros recursos.



Así lo ha hecho la Ley N° 18.156, en cuanto dispone que los trabajadores extranjeros que registren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones pueden solicitar la devolución de los fondos previsionales que hayan depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en su artículo 1°, esto es, que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y que -en el contrato de trabajo respectivo- exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

En este caso, como se ve, queda salvaguardado el derecho a la seguridad social, desde que el trabajador cuenta con un sistema de previsión alternativo.

QUINCAGESIMOQUINTO: Que, en consecuencia, la aplicación de los artículos 23, 34 y 51 del Decreto Ley N° 3.500 en la gestión pendiente no resulta contraria al derecho de propiedad que asegura la Constitución, desde que ella misma ha autorizado al legislador para establecer cotizaciones, es decir, como lo ha expresado esta Magistratura, el acto mediante el cual se descuentan determinadas sumas de dinero de la remuneración del trabajador para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social, por lo cual los fondos previsionales de propiedad del afiliado constituyen, en el sistema de capitalización individual que regula el DL. N° 3.500, un patrimonio que tiene una destinación específica e inmodificable.

QUINCAGESIMOSEXTO: Que, por lo tanto, los preceptos legales cuestionados en el requerimiento judicial, lejos de resultar contrarios a la Constitución, dan eficaz cumplimiento al encargo constitucionalmente expresado en el artículo 19 N° 18° de la Carta Fundamental, cautelando el derecho a la seguridad social -cuya esencia se manifiesta en la posibilidad de acceder a las prestaciones de seguridad social que permitan cubrir los riesgos derivados de las contingencias sociales y que, en este caso, derivan de la vejez, invalidez o sobrevivencia- al mismo tiempo que aseguran el derecho de propiedad sobre los fondos que integran las cuentas de capitalización individual, cuya administración se encarga a la Administradora de Fondos de Pensiones recurrida en la gestión pendiente.



Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO.**
OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO**
DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUERENTE, POR**
ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

PREVENCIONES

El Ministro Sr. ARÓSTICA concurre con su voto a la sentencia precedente, pero sin compartir pero sin compartir sus considerandos 7° y 12°. Tiene, en su lugar, presente lo siguiente:

1º) Que el artículo 19, N° 18, constitucional, al enunciar el derecho a la seguridad social como el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas mínimas, estableció al mismo tiempo -por razones evidentes de justicia conmutativa- el deber de cotizar, esto es, según el uso corriente de las palabras -definidas por el Léxico- la obligación de pagar las correspondientes cuotas de seguridad social.

La justificación de tal deber no se basa solamente en la conveniencia de que las personas realicen algo que redunde en su propio interés, sino también en la necesidad de evitar que los imprevistos se conviertan a futuro en una carga para la sociedad.

De donde podría seguirse que la ley, al establecer cotizaciones obligatorias, únicamente podría estimarse inconstitucional, en el caso en que afecte a personas que



son previsoras y que han tomado las providencias necesarias para afrontar la vejez u otras contingencias, en forma libre y eficaz; cuyo no es el caso de que aquí se trata;

2º) Que el referido derecho a la seguridad social, junto con aquel deber, contempla asimismo una garantía peculiar, consistente en que las prestaciones puedan otorgarse -y las cotizaciones administrarse- por instituciones públicas o privadas. En este último caso, con vistas a que este derecho pueda ejercerse efectivamente en la práctica, y en armonía con el derecho constitucional de propiedad, la ley consagró un régimen de capitalización individual, tendente a incrementar la rentabilidad de los fondos ahorrados y a ponerlos a resguardo de la acción del Estado.

Por ende, sin lesionar en su esencia el derecho a la seguridad social, no cabe a la ley ni a una sentencia desafectar tales recursos, para orientarlos hacia otros objetivos de interés colectivo o individual.

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA concurren al voto de rechazo compartiendo lo indicado en los fallos, salvo en dos aspectos. Primero, en el orden (seguridad social y derecho de propiedad) en que está reflejada la respuesta al conflicto constitucional planteado, ya que surgen matices significativos para las cuestiones que son el sustrato de esta deliberación al responderlas en el orden planteado por los requirentes. Adicionalmente, les parece que no puede deducirse del deber de cotizar la idea que desde la Constitución se establezca el sistema de capitalización individual, tanto en lo literal como en una comprensión finalista. Si bien, lo anterior, en versiones de la sentencia que hemos tenido a la vista no queda expresamente reflejado, puede leerse bajo esa noción interpretativa que nos parece incorrecta.

Junto a estas observaciones, adjuntan una argumentación adicional para sostener el rechazo a los requerimientos.

I. Relevancia de debatir a fondo la cuestión planteada

1. Un conjunto de buenas razones nos ha llevado a entrar al examen del fondo de este asunto, las que cabe constatar en este momento.



2. En primer lugar, se trata de requerimientos judiciales de dos Cortes de Apelaciones, los que han sido habitualmente examinados con particular deferencia. Sabemos que la ley trata como iguales los requerimientos de parte respecto de aquellos presentados por los jueces. Un análisis detenido de esos requisitos nos debe llevar a sostener que motivaciones fundamentales de imparcialidad y de justicia implican no aplicar el máximo rigor en el cumplimiento de los requisitos y condiciones para los requerimientos judiciales. El deber de inexcusabilidad que tienen los jueces (artículo 76 de la Constitución) los obliga a aplicar la ley salvo que tengan dudas de constitucionalidad acerca de los efectos contrarios a la misma en una gestión pendiente ante su propio tribunal (artículo 93, numeral 6°, de la Constitución). En este sentido, los jueces tienen una interpretación plausible que no siempre está rodeada del exhaustivo análisis que se le exige a un requirente particular. Por lo mismo, es relevante asumir que estos requerimientos cuestionan el Decreto Ley N° 3.500 pero lo particularizan en tres preceptos legales. Justamente nuestra reflexión se concentra en la inaplicabilidad de las normas concretas y no de todo el cuerpo legal que los envuelve.

3. En segundo lugar, los recurrentes de protección solicitaron que sus respectivas Administradoras de Fondos de Pensiones procedieran a la devolución de sus fondos cotizados en su cuenta de capitalización individual bajo el criterio de que son dueños de esos fondos. Se trata de una solicitud basada en Recursos de Protección que está enmarcada en una de las hipótesis que el Decreto Ley N° 3500 contempla para otros casos diversos al planteado. No se trata de un asunto exótico ni ajeno a la legislación.

4. En tercer lugar, se trata de una decisión que se inspira en una inquietud ciudadana por deficitarias pensiones que no garantizan, en concepto de los recurrentes de protección, garantías suficientes de protección social. La propia incertidumbre generada en la industria de las Administradoras de Fondos de Pensiones por la presentación de estos recursos no es óbice para que los tribunales se inhiban de pronunciarse en asuntos comprendidos dentro de su competencia.

5. En cuarto lugar, a esta Magistratura la convoca la vieja paradoja que acompaña al derecho de propiedad, en este caso de los fondos previsionales y de su libre uso. “Si, por una parte, ha sido considerado históricamente como el más importante derecho fundamental, por otra es el único derecho fundamental por el que, desde el principio, siempre ha habido disputas. Por eso, la “protección de la propiedad siempre



ha sido el problema más sensible de la protección de los derechos fundamentales [W.Leisner]” (Rey Martínez, Fernando (1994), *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, p. XXIV). Esta discusión no es otro paso más que el mismo dilema constitucional de siempre.

6. Finalmente, se trata de un asunto que múltiples jurisdicciones de rango constitucional o internacional han examinado. Si bien los casos no son iguales, recorre el mundo jurídico el problema de los efectos que tiene en la libertad y en la propiedad los regímenes de seguridad social en el más amplio sentido. Cuestiones de esta naturaleza fueron abordadas en la Sentencia “NFIB vs. Sebelius” de 2012 de la Corte Suprema de los Estados Unidos o en el Caso Trujillo Calero vs. Ecuador que se siguió ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 2018. En síntesis, es un clásico conflicto de constitucionalidad en su análisis abstracto.

II. Núcleo de lo solicitado

7. Los requerimientos judiciales de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Rol 7442) y de Punta Arenas (Rol 7548) requieren de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 23, 24 y 51 del DL 3500, respecto de sendos Recursos de Protección presentados en dichas sedes por vulneración del derecho de propiedad en razón de la ilegalidad y arbitrariedad del rechazo de AFP Cuprum y Habitat, en la devolución de sus fondos previsionales, respectivamente. En los requerimientos se sostiene que los preceptos legales impugnados importan la vulneración del derecho de propiedad. Adicionalmente, en el caso de la Corte de Antofagasta se sostiene que tales preceptos vulnerarían, además, el derecho a la seguridad social.

8. Habitualmente se describe el conjunto de criterios interpretativos que permiten verificar el modo en que se cumplen los supuestos aplicables al caso y conforme aquellos decidir una sentencia estimatoria o desestimatoria de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, al tratarse de un voto concurrente una parte de los argumentos los encontraremos en la sentencia misma y sólo se expondrá acá aquello que se diferencia y que justifica ese tipo de enfoque.



a.- Casos de ejercicio de libertades en nombre de la propiedad

9. Si bien el reproche constitucional demandado es la infracción al derecho de propiedad basado en tres supuestos: a) que los fondos previsionales son propiedad del trabajador; b) que esa propiedad le habilita a usar, gozar y disponer, y c) que no se puede ser privado de dichos fondos sino por ley que lo disponga conforme a estrictas causales constitucionales, lo cierto es que hay un supuesto aún mayor que habita el caso. La propiedad reclamada es aquella habilitante para el ejercicio de la libertad. Para decidir, según mi leal saber y entender, todo lo que desee respecto del destino de esos fondos. La devolución es sustraerlos de quien los tiene con libertad para sustituirme en su decisión de aquello que es mío.

10. El derecho de propiedad es una de las cuestiones que antes, ahora y siempre va a generar dificultades interpretativas. Hay tres tipos de problemas hermenéuticos dentro de los muchos que se pueden plantear y que nos interesan para este caso específico. Primero, el relativo a la tensión Derecho Civil/Derecho Constitucional. En segundo lugar, a una de las consecuencias de esa tensión derivada en el alcance de los atributos del dominio en cuanto derecho absoluto/derecho limitado. Y, finalmente, ya en clave exclusivamente constitucional, el alcance de los límites de las cláusulas derivadas de la función social del dominio.

b.- El derecho de propiedad en el Código Civil y en el Derecho Constitucional

11. En cuanto al primer tópico, entre las múltiples razones que explican los problemas interpretativos nos encontramos con las razones disciplinares. La propiedad tiene una tendencia a ser vista solo como si se originara en los Códigos Civiles de nuestros países, siguiendo una tradición previa al constitucionalismo, como si hubiese un modelo de derecho de propiedad. En tal caso, el derecho de propiedad constitucional se subordinaría a una interpretación desde el Código Civil. Ello no solo es un error, sino que olvida que la dimensión constitucional corrige esa lectura privatista incorporando una publicación objetiva mediante nociones como la “función social de la propiedad” y también a través de los diversos tipos o especies de propiedad que desarrolla el legislador conforme a la Constitución.



12. Una segunda consideración es una consecuencia del sostenimiento de las características que tendría la propiedad civilista, concebida como aquella que se desenvuelve en términos absolutos, inalienables e ilimitadamente. Por el contrario, la tesis constitucional que dispone la relatividad de la misma identificando garantías que revelan su carácter limitado (reserva legal, expropiación con causales y garantías procesales y sustantivas asociadas a indemnizaciones y bajo defensa de un contenido esencial).

13. A su turno, la tercera característica consiste en que la publicación de esos criterios viene acompañada de un modo de ser integrada con contenidos amplios y con un nivel de abstracción y generalidad que puede ser objeto de un sinnúmero de interpretaciones que se admite pueden tener una lectura ideológica (Ver Barnes Vásquez, Javier (1988), *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Junta de Andalucía, pp. 44 y siguientes y también Rodotá, Stefano (1987), *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, pp. XXX y siguientes). Siguiendo a Waldron, por la vía de Rey, la propiedad es un **concepto** que puede tener múltiples **concepciones** en su seno (Rey Martínez, 1994: 3). Por todo lo anterior, sintéticamente descrito, escoger un criterio de inicio en el tratamiento de un asunto de derecho de propiedad no es inocuo respecto de los resultados.

14. Existe una tradición liberal-individualista sobre el derecho de propiedad que parece corresponderse con la idea de un sistema de pensiones de capitalización individual.

15. Una versión lockeana-kantiana parece acentuar cuatro aspectos que están presentes en este caso. El primero es que “en la visión que de la propiedad tenía el iusnaturalismo racionalista como esencial manifestación de la libertad persona, llegando a identificar libertad y propiedad” (Rey Martínez, 1994: 25). No se trataba únicamente de una propiedad sobre cosas corporales. Sino que, también, y como segundo elemento, el trabajo del hombre, según Locke, como propiedad suya pero limitada a la cantidad que “pueda procurarse un hombre por el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos” (Rey Martínez, 1994: 29-30). Tercera característica, que dicha propiedad debía tener un sentido vinculado a la suficiencia y a la inutilización apropiándose de aquello que sea necesario sacando un provecho que, diríamos hoy, sería proporcional al sentido de su uso y no más allá. Todo ello devino en un tipo de propiedad que se manifestó en dos piezas jurídico históricas. La primera es la



Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que reconoció que la propiedad es “un derecho inviolable y sagrado” (artículo 17) y que por eso es uno de “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (artículo 2°). El otro cuerpo normativo esencial de este concepto amplio de propiedad se manifestó jurídicamente en el artículo 544 del Código Civil francés de 1804 que sostenía que el derecho de propiedad privada es “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, mientras no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos”.

16. Me parece que esta versión explica bien la reivindicación de un derecho originario del trabajador, con el título de derecho de propiedad y respecto del cual se le imprimen algunas características que lo rodean de una noción fuerte de propiedad que, en el contexto de un sistema de capitalización individual en la construcción de la pensión, reivindica su devolución de quién es un mero administrador de la misma. Lo relevante de este planteamiento no reside únicamente en el sostener que se le debe una propiedad, sino que ésta se le exige como un ejercicio de libertad. De volver a recuperar el dominio más amplio sobre no solo mis bienes, sino que sobre el control de las contingencias sociales que me afectan.

17. Hay que reconocer que es probable que esta versión sea heredada desde el origen del actual sistema de pensiones. El sistema de capitalización individual se publicitó como un sistema de pensiones que, a diferencia del sistema de reparto, hacía dueño a los trabajadores de sus ahorros previsionales. Al respecto, José Piñera sostuvo que el sistema de capitalización individual convirtió a los trabajadores en propietarios individuales del capital del país, que el mundo de la seguridad social pasó a ser un mundo de trabajadores propietarios y que ello permitió la existencia de un sistema de pensiones seguro, transparente e inmune a la politización.* También se ha hecho referencia a que el sistema ha llevado a que los trabajadores participen de la propiedad de las empresas más importantes del país.†

* Piñera, J. (2006). La experiencia chilena y su impacto en el mundo. En Titze, M. (Ed.), *AFP: 25 años. Un modelo exitoso* (pp. 27-40). Santiago: Libertad y Desarrollo.

† Cheyre, H. (2006). 25 años del sistema privado de pensiones: mitos y realidades. En Titze, M. (Ed.), *AFP: 25 años. Un modelo exitoso* (pp. 41-62). Santiago: Libertad y Desarrollo, p. 50.



c.- La libertad limitada en el derecho de seguridad social

18. Los casos planteados se describen mejor desde el reproche a la ausencia de libertad para disponer de lo propio, tanto durante el período en que se cotizaron dichos recursos como al momento de su reclamo cuando estaba consolidado su derecho a pensión por producirse la contingencia de la vejez que lo habilitaba.

19. Lo que cabe preguntarse es si el escenario de la plenitud de libertad es jurídicamente el que mejor responde al caso planteado. En primer lugar, cabe partir por las propias cotizantes. Si predicamos el ideal liberal-individualista, esa propiedad sería originaria y fruto del trabajo.

Sin embargo, esa es una lectura previa al surgimiento de los modelos de seguridad social. Hablamos de esos modelos que a partir de la segunda mitad del siglo XIX (pero sobre todo en la primera parte del siglo XX) fracturaron el asistencialismo, hicieron de la protección algo que superaba la tarea de enfrentar la indigencia y la miseria y contribuyeron a desestigmatizar la pobreza como un asunto de responsabilidad individual para hacerle frente como un problema colectivo. Aquellos sistemas que avanzaron en la consideración universalista del problema de enfrentar las contingencias sociales, sin consideraciones específicas a sus titulares y que establecieron los principios y bases de lo que se denominó indistintamente Estado de Bienestar, Estado-providencia, Estado social de derecho, etcétera.†

20. Los modelos de seguridad crean una disciplina y configuran una nueva área del Derecho asociada al Derecho al Trabajo. Su institucionalidad normativa es el fruto de una evolución del mismo Estado que las desarrolló. Por lo mismo, no hay un modelo de seguridad social en la Constitución y admite en su seno variadas formas plurales de organización. Interpretaciones reduccionistas solo restringen el sentido dinámico y progresivo que debe tener la evolución de las propias contingencias y el modo en el que el legislador democrático debe garantizar la protección debida.

21. La libertad de la cotizante nace restringida por el propio legislador desde el derecho a la seguridad social. Es así como el artículo 19, numeral 18, dispone que “la

† Algunas de estas ideas las encontramos en David Harris (1990), *La justificación del Estado de Bienestar*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid; Celia Lessa Kerstenetzky (2017), *El Estado de Bienestar social en la edad de la razón*, Fondo de cultura Económica, México y † Thomas Humphrey Marshall (1949), “Ciudadanía y clase social”, *Reis*, PDF.



ley podrá establecer cotizaciones obligatorias” y que el artículo 2° del Decreto Ley N° 3.500 reconoce desde el comienzo “El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones (...) La afiliación al Sistema es única y permanente. Subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad (...)”.

Lo que otras jurisdicciones debaten acerca de si es posible establecerla, en nuestro país lo resuelve directamente la Constitución, ratificando en parte lo que la ley ya decía. En tal sentido, no hay margen para reconocer la existencia de una supuesta libertad para dejar el sistema.

La historia legislativa se orientó a definir un modo paternalista y fiscalizador de esta protección. No existe libertad del trabajador de negociar cotizaciones sociales obligatorias y no existe posibilidad de renuncia a las mismas (artículo 163 bis del Código del Trabajo). Del mismo modo, existe la obligación del empleador de enterar dichas cotizaciones en las instituciones de previsión social y aquéllas son inembargables (artículo 57 del Código del Trabajo). Los preceptos legales nacen desde el Código del Trabajo (artículos 40 bis E, 58, 145-L, 162, 165, 172, 177, 183-J, 209, 211, 249, 250, 274, 355, 446 y 464 del Código del Trabajo), continúan en leyes especiales (Leyes N°16.744 y 17.322, entre otras).

Esta no es una historia de libertades. Es una historia de restricciones, del empleador y de los trabajadores, que tiene un sentido de protección social y cuya trazabilidad de fin acompaña toda la trayectoria por la cual se estableció. La tendencia a la procrastinación de las personas y las retenciones indebidas de esas cotizaciones por los empleadores son la que justifican estas restricciones.

d.- Monopolio y límites del sistema de capitalización individual

22. Esta historia de restricciones no es una cuestión que se manifieste únicamente en los trabajadores, cotizantes o pensionados. También es una dimensión que acompaña a la propia industria del sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones. El sistema de capitalización individual convive con otros modelos de seguridad social (las antiguas Cajas reunidas en el Instituto de Previsión Social y las Capredena y Dipreca para el ámbito militar y policial, respectivamente). No obstante,



convive de un modo no competitivo. Las primeras son el resultado de la negación a cambiarse de sistema previsional y las segundas son el resultado de una previsión estatutaria. Pero el sistema de seguridad social general es el de capitalización individual. No hay competencia de sistemas. No es un modelo que nazca desde la libertad de opciones para los cotizantes. Esta ausencia de elección es la que está también presente en las licitaciones de la Administradora de Fondos de Pensiones que ofrezca las menores comisiones a los nuevos cotizantes que ingresan al mercado formal del trabajo.

23. El DL 3500 es preconstitucional y no ha sido sometido a un examen de constitucionalidad de sus normas esenciales.

En general, los sistemas de pensiones tienen múltiples objetivos. Desde el punto de vista de las personas, el principal objetivo dice relación con la suavización del consumo y la seguridad en la vejez y, desde la perspectiva de los gobiernos, el sistema de pensiones también puede satisfacer otros objetivos, como el alivio de la pobreza y la redistribución.[§]

En Chile, el sistema de pensiones tiene tres pilares: el pilar solidario (sistema de pensiones solidarias), el pilar contributivo obligatorio (ahorro obligatorio en las AFP) y el pilar contributivo voluntario (ahorro voluntario en las AFP y otras instituciones autorizadas). Cada pilar cumple un rol específico. El pilar solidario busca aliviar la pobreza en la vejez y, por ello, las prestaciones que entrega son proveídas por el sector público. El pilar contributivo obligatorio tiene como objetivo procurar una adecuada tasa de reemplazo, a fin de suavizar el consumo en la vejez y, por tanto, el nivel de las prestaciones está vinculado al esfuerzo contributivo y al ingreso de los aportantes. El tercer pilar es de contribución voluntaria y apunta a mejorar el nivel de suficiencia de la pensión.

En el segundo pilar es clave la idea de seguridad, ya que su objetivo es, precisamente, asegurar un estándar de vida en la etapa de retiro que, en alguna proporción, tenga cierta comparación con el nivel de vida en la etapa activa.** Este es el estándar cuestionado del caso.

[§] Barr, N., & Diamond, P. (2009). Reforming pensions: Principles, analytical errors and policy directions. *International social security review*, 62(2), 5-29.

** OECD (2005). *Pensions at a Glance. Public Policies across OECD Countries*.



24. El Tribunal Constitucional fue fundamental para arbitrar un mecanismo original a favor de las AFPs desalentando tempranamente su competencia. Al inhabilitar el sistema de perseguidora de las Cajas reforzó el acta de nacimiento de las AFPs bajo la noción de la protección constitucional como derecho de propiedad de la estructura de reajustabilidad del viejo sistema. Basta recordar las siguientes consideraciones para verificar este efecto. Por una parte, estimó “que la pensión de jubilación del funcionario que ha cumplido los requisitos para obtenerla, es un derecho patrimonial, como lo define el Estatuto Administrativo, pero que los mecanismos legales de reajustabilidad o de actualización son meras expectativas por ser esencialmente eventuales y constituir sólo la esperanza de adquisición de un derecho.” (STC 12/1982, c. 14°) Y por la otra sostuvo que “de los antecedentes tenidos a la vista por este Tribunal, y que contienen la historia fidedigna del establecimiento del proyecto de ley sometido a su control de constitucionalidad, se desprende claramente que la ley interpretativa en cuestión no comprende al actual sistema de pensiones contenido en el D.L. N° 3.500, de 1980” (STC 12/1982, c.19°).

25. De este modo, el propio sistema de capitalización hace parte de un régimen que administra obligaciones y se beneficia del monopolio con que perciben lo que los empleadores deben enterar a ese sistema, de un modo obligatorio, las cotizaciones de propiedad de los trabajadores.

e.- ¿La función social de la propiedad como límite del derecho de propiedad de los cotizantes?

26. Estos casos han cuestionado que el impedimento de la devolución de fondos desde las AFPs importa un agravio al derecho de propiedad. Esto implica variados supuestos. Primero, que las cotizaciones sociales reflejadas en las cuentas individuales tengan por título al derecho de propiedad. En segundo lugar, que exista un límite a esa determinación. Y, finalmente, que tenga justificación dicha restricción.

e.1.- Los trabajadores tienen derecho de propiedad sobre sus cotizaciones previsionales



27. Partiendo del primer supuesto, nos encontramos frente a un reconocimiento expreso que los afiliados tienen el “dominio” de sus ahorros previsionales en los respectivos Fondo de Pensiones. En efecto, el artículo 33 del DL 3500 dispone que *“[c]ada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquéllos. Cada Fondo de Pensiones estará constituido por las cotizaciones y aportes establecidos en los artículos 17, 20, 21 y 53, los Bonos de Reconocimiento y sus complementos que se hubieren hecho efectivos, sus inversiones y las rentabilidades de éstas, deducidas las comisiones de la Administradora”*.

A su turno, las cotizaciones sociales son parte de las remuneraciones del trabajador (artículo 58 del Código del Trabajo) puesto que de allí son deducidas.

28. El Tribunal Constitucional ha reafirmado por diversas vías que los fondos de los cotizantes son de propiedad de los trabajadores. Lo ha dicho con ocasión de múltiples decisiones. Lo ha sostenido directamente en cuanto las cotizaciones sociales son propiedad del trabajador. De este modo, “esta propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual presenta determinadas características especiales. Desde luego, se trata de un dominio sobre cosas incorpóreas, pues su objeto son derechos. Su propósito concreto, al tenor de las normas del Decreto Ley N° 3.500, es financiar la respectiva pensión de su titular; pero tal destinación determinada también le genera el derecho incorporado a su patrimonio, en virtud de la relación jurídica que lo une con el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, de obtener los beneficios que regula el Título VI del tantas veces citado Decreto Ley N° 3.500. Mientras no se obtiene el fin perseguido, su administración le corresponde a sociedades anónimas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones, reguladas en el Título IV del Decreto Ley N° 3.500.” (STC 334, c.7°).

29. Conforme a ese patrón, esta Magistratura constitucional ha sostenido que esta cotización es un derecho público subjetivo (STCs 576, 1876, 2536, etc.). Éste importa una obligación de derecho público estando su fundamento en el interés general de la sociedad (STCs 519, 2536, 2537, 2853, 3249, etc.). Son recursos que tienen carácter alimenticio (STCs 576, 3058, 3249, etc.), lo que autoriza contra los que retienen dichos recursos imponer legítimas y constitucionales medidas de apremio (STC 519). Y su propiedad alcanza no sólo a lo cotizado, sino que también al procedimiento de reajustabilidad de pensiones (STC 2275).



e.2.- ¿Qué tipo de propiedad es la reconocida sobre esos fondos?

30. En todos los casos anteriores los argumentos se fundan en el derecho de propiedad de los trabajadores, sin embargo, no tenían por esencia una discusión donde éste fuese el beneficiario directo del dilema puesto que normalmente recurrieron al Tribunal los que querían desentenderse de esas obligaciones. Por lo anterior, ahora el caso es diverso. Son los propios afiliados los que exigen la defensa de sus derechos y, por lo mismo, no parece razonable, en línea de principio, recurrir a la propiedad para resguardar la institucionalidad y devaluar su derecho cuando le compete ser beneficiario al trabajador. Ese tipo de respuesta no es coherente. Sin embargo, ello exige identificar el tipo de propiedad que se protege puesto que una de las argumentaciones en la cual se ha trabado la Litis es exigir y apelar a las características esenciales del dominio que reconducen a un tipo de propiedad particularmente civilista. Y la respuesta se da desde un tipo disciplinar ajeno al Derecho Constitucional.

31. La sola presentación de estos requerimientos judiciales de las Cortes de Apelaciones ha supuesto un cuestionamiento acerca del alcance del derecho de propiedad de los trabajadores sobre su cotización y sobre su fondo individual de pensiones. Tanto civilistas como expertos en derecho económico han explicado que se trataría de un crédito modal (Hernán Corral Talciani, 29 de septiembre de 2019), de un trust (Rodrigo Pérez – Carta a El Mercurio de 4 de octubre de 2019), etc. No deja de sorprender que un cuestionamiento sencillo sobre lo que son esos fondos, tenga un variado conjunto de respuestas que complejizan lo requerido.

32. Asimismo, en cuanto a la propiedad misma de los fondos, éste ya no sería sobre bien corporal, sino que, sobre bien incorporal, esto es, garantiza el derecho de propiedad sobre el derecho a pensión, basado en una referencia del c.7° de la STC 334.

33. Todas estas explicaciones debilitan el derecho de propiedad constitucional. Esta cuestión no es nueva en nuestro y otros ordenamientos constitucionales. “El error de los planteamientos que niegan que el derecho de propiedad se diferencie de los restantes derechos reales radica en su base: partir de la construcción dogmática civilista, cuando el punto de partida ha de situarse en la propia Constitución a fin de hallar el concepto constitucional de propiedad” (Barnes Vásquez, Javier (1988), *La*



propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario, Civitas, Junta de Andalucía, p. 82). Este recurso pretende justificar las limitaciones mediante una desnaturalización de la institucionalidad de seguridad social en circunstancias que el Derecho Civil, por ejemplo, no contiene normas que efectivicen la función social de la propiedad.

34. La hipótesis que plantearemos se refiere a una relación propiamente constitucional. Sostenemos que reivindicar que los afiliados son propietarios de esos fondos es compatible con uno de los estatutos del derecho de propiedad que ampara la Constitución. El artículo 19, numeral 24, inciso primero de la Constitución protege el “derecho de propiedad en todas sus especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Las cotizaciones obligatorias, su rentabilidad y demás aportes confluyen en un fondo individual de pensiones protegido como un modo especial de propiedad justificado en la función disciplinar de seguridad social que contiene en su seno, como efecto del inciso segundo del artículo 19, numeral 24 en relación con el artículo 19, numeral 18°, ambos de la Constitución. Ello exige analizar los límites del derecho de propiedad.

e.3.- El derecho especial de propiedad sobre los fondos y su función social

35. Una de las razones para limitar la libre disponibilidad de los fondos de cada una de las cuentas individuales a entera disposición de los afiliados ha sido la invocación de la función social de la propiedad como límite. Sin embargo, en estos casos ha sorprendido la falta de univocidad con la que se menciona y, como consecuencia de ese alcance, los efectos complejos que se derivan de escoger una u otra tesis.

36. En primer lugar, cabe identificar el problema. A continuación, se presenta una tabla con las referencias que han hecho los distintos intervinientes en relación al derecho de propiedad y sus eventuales límites.



	Objeto	Tipo de propiedad	Límites
Recurrente de protección	Fondos de pensión y dineros acumulados en las cuentas de capitalización individual (STC 767, c. 13°)	No es una propiedad especial, originariamente afecta, ya que se trata de recursos que el trabajador adquirió en calidad de remuneración	El sistema de ahorro individual no es un sistema de seguridad social, que implica la solidaridad entre sus miembros, por lo tanto, no es correcto justificar las limitaciones al derecho de propiedad sobre los ahorros previsionales en aras de la función social, porque no cumple función social alguna
AFP Cuprum	Ahorro previsional	Patrimonio de afectación	Derecho a la seguridad social La limitación tiene una clara función social en aras del interés general de la sociedad (STC 519, c. 13°)
AFP Habitat	Cuotas de los fondos de pensiones	Patrimonio de afectación	-Derecho a la seguridad social -Función social: intereses generales de la Nación (sistema de capitalización individual es un sistema de ahorro que persigue pensiones para determinados individuos y, a la vez, es un sistema de seguridad social que da cumplimiento al derecho fundamental a la seguridad social)
Presidente de la República	Fondos de pensiones	Propiedad sujeta a un modo establecido en la ley	Función social
Nogueira	Fondo de pensiones	Patrimonio o comunidad pro-indiviso de afectación	-Derecho a la seguridad social -Función social: intereses generales de la Nación (STC 767, c. 15°). La seguridad social interesa a toda la Nación y otorga medios de subsistencia para enfrentar contingencias sociales y alcanzar una vida digna
Irureta	Fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual	Derecho de propiedad afecto a un fin específico. Dominio <i>sui generis</i> que se encuentra sujeta a un modo	Función social: intereses generales de la Nación (el Estado es el encargado de supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social)
Gómez	Cuota de los fondos de pensiones (bien incorporal)	Derecho personal. Mientras no se pensione, el afiliado posee incorporalmente un patrimonio afecto a un fin	Función social: utilidad pública e interés nacional

En segundo lugar, podemos advertir que las alternativas de uso de los límites van desde negar la existencia de una función social de la propiedad (las recurrentes de protección), reconocer un título genérico de la misma (Presidente de la República), asimilarlo a la causal de intereses generales de la Nación (AFP Habitat, Nogueira e Irureta) o a la causal de utilidad pública e interés nacional (Gómez) o a una inexistente causal de interés general de la sociedad que se deduciría de una interpretación de una



sentencia de esta Magistratura (AFP Cuprum). Cabe indicar, que salvo la tesis de los recurrentes, todos entienden que está limitado el derecho a disponer de los fondos individuales basados en la función social de la propiedad. Cabe tener presente que en la STC 334, el Tribunal Constitucional estimó que la única dimensión de la función social de la propiedad que procedía analizar en relación a los límites del derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos previsionales era la de intereses generales de la Nación, por considerar que las restantes eran notoriamente extrañas a la materia que se debatía (STC 334, c. 22º).

37. Nosotros comprenderemos esta última tesis, pero con variadas precisiones que cabe constatar. El punto de partida es reconocer que la propiedad constitucional tiene características muy disímiles del estatuto de la propiedad del Código Civil. Como hemos sostenido muchas veces, allí no reside el estatuto tipo de la propiedad en Chile y existe pluralismo de fórmulas, según lo dispone la propia Constitución. En segundo término, sostendremos que toda propiedad en nuestro ordenamiento tiene una función social.

38. Recordaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las diversas causales relativas a la función social de la propiedad en la siguiente tabla:



Función social	<p>El TC sostuvo que la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. En virtud de esta función social, el propietario no solo tiene derechos, sino también deberes y responsabilidades, los cuales armonizan los intereses del dueño y de la sociedad, realizando la función social de la propiedad (STC 245, c. 24°). En este orden de ideas, en STC 2644, el TC afirmó que “la función social de la propiedad es la que permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio del haz de derechos que la constituyen y el interés público que justifica su protección como derecho fundamental” (STC 2644, c. 60°).</p> <p>El TC también ha señalado que la función social de la propiedad opera como un límite interno del derecho de propiedad: “Si la función social no fuera límite interno sería un ejercicio de oposición entre los intereses individuales y los colectivos, transformando la función social de la propiedad en una institución que opera por fuera del derecho de propiedad, en circunstancia que la propiedad es función social” (STC 2759, c. 10°).</p> <p>Asimismo, en la STC 2884 sostuvo que “la condición de dominio sobre un bien debe satisfacer o estar en función de las finalidades individuales y sociales que el propio bien porta, puesto que la propiedad obliga. La consideración de ambos componentes constitucionales del derecho de dominio permite variadas opciones en la protección de bienes jurídicos que la propia Constitución reconoce en el artículo 19, numeral 24°. En este caso, hay que precisar que el legislador, en el desarrollo de la función social de la propiedad, armoniza estos bienes con el límite preciso de que en su actividad normativa no se afecte el contenido esencial del derecho de propiedad (artículo 19, numeral 26°, de la Constitución) ni el principio de proporcionalidad” (STC 2884, c. 5°).</p>
Intereses generales de la Nación	<p>En la STC 1863, en un caso donde se debatía si era admisible constitucionalmente cargar los costos de traslado de una red eléctrica en la compañía eléctrica propietaria de esa red, se sostuvo que el interés general se materializaba en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos.</p> <p>En la STC 2693, respecto al establecimiento de un pago de patentes por no uso de los derechos de aguas por sus titulares, el TC señaló que el establecimiento de dicha patente se justifica en la función social de la propiedad y, en particular, en las cláusulas de intereses generales de la Nación, utilidad pública y conservación del patrimonio ambiental, a fin de asegurar “el adecuado disfrute y preservación de los derechos de uso de un bien vital para la vida y las actividades productivas que dependen de la racional ocupación del agua” (STC 2693, c. 23°).</p>
Utilidad pública	<p>En STC 2644, se sostuvo que la utilidad pública, en el contexto de la LGUC, se refiere “a que el límite u obligación impuesto por la ley debe beneficiar a la sociedad y su fin excede el propósito de sus miembros” (STC 2644, c. 59°).</p> <p>En la STC 505, el TC consideró el sistema tarifario por el uso de instalaciones de transmisión troncal se justificaba en razón de la función social de la propiedad, ya que con ello se favorecía a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituye una razón de utilidad pública” (STC 505, c. 31°).</p>
Otros derechos fundamentales	<p>En STC 2884, se sostuvo que el derecho de propiedad podía ser limitado por la concurrencia de otros derechos fundamentales: “Que lo que no es parte del derecho de dominio es entender que, en abstracto, las funciones individuales del derecho de propiedad excluyan totalmente la posibilidad de desarrollar legalmente la función social de la propiedad o de regular otros derechos fundamentales concurrentes” (STC 2884, c. 6°).</p>

39. El argumento constitucional para limitarlo se funda en que es la función social de la propiedad el que lo permite sin examinar una modalidad específica de las cláusulas que lo autorizan. Es propiedad, pero sería con una limitación afecta a un fin: seguridad social. Sin embargo, en el examen de las causales habría que verificar que el Acta Constitucional N° 3 vigente al momento de la dictación del DL3500 permitía como una comprensión de esa cláusula bajo la figura de “elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”. ¿Cuál es la cláusula específica que admitiría una función social limitante de la propiedad de los trabajadores hoy?



40. El problema esencial reside en lo que entendemos por función social. No es del todo posible entender, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que los límites al derecho de propiedad que los afiliados tienen sobre sus fondos previsionales deriven únicamente de la función social, toda vez que la finalidad de las limitaciones previstas en el DL N° 3.500 están orientadas únicamente a la obtención de una mayor pensión para el afiliado.

41. Existe propiedad sobre los fondos limitada por una función social disciplinar de la misma. Como sabemos, los derechos tienen una dimensión subjetiva (derecho de propiedad misma con sus características) y una dimensión objetiva (ámbito del cual operan). Si toda propiedad tiene función social hay que identificar cómo opera. No es razonable decir obviedades que nada explican. No sirve decir que todos los derechos están limitados ni menos que sus límites deriven de una función social sin explicar cómo ésta obra en el derecho mismo ni en razón de qué causales.

42. Lo primero es descartar algunas tesis. Como hemos sostenido en otra jurisprudencia, no cabe oponer la función social de la propiedad sin reconocer que esta institucionalidad opera como un límite interno al derecho. Por lo mismo, la dimensión social o colectiva del derecho no es externa a él (STC 2759) sino que es parte integrante de su mismo contenido. En consecuencia, toda tesis que sugiera que la función social importa un límite de intereses de terceros incurre en un error conceptual. Así, por ejemplo, fundar dicho límite en la “función social de la utilidad pública” sostendría que hay utilidades ajenas a aquellas que involucran las utilidades que el mismo sistema arroja como mecanismo de capitalización individual de los fondos. Salvo que desnaturalicemos el concepto de utilidad pública, usarla en este contexto puede llevar a sostener equívocos como la confusión de utilidades que arrojan las cuentas individuales respecto de las utilidades obtenidas por las propias Administradoras a partir del examen del encaje con el cual éstas deben responder de la rentabilidad de los fondos. Asimismo, mutar el concepto hacia una suerte de “utilidad social” volvería en innecesario apelar a ese concepto.

43. En segundo lugar, si del mismo modo la asociamos a los “intereses generales de la Nación” tendríamos que identificar que la fuente que explica el modelo de capitalización individual es una fórmula relativa a “intereses” (modelo de contribución obligatoria). Sin embargo, resulta cuestionable que sean esos intereses “generales de la Nación”. Una tesis de esta naturaleza, como sostiene la



Superintendencia de Pensiones, entiende que hace parte de ese interés el “interés previsional” (fs. 45 del expediente 7442-Antofagasta). Sin embargo, no está en juego identificar la función macroeconómica que ha tenido el sistema de capitalización individual en cuanto modelo de capitalización de la inversión en el mercado de valores sea nacional como internacional. Para que ello fuera posible el cotizante debería poder acceder a la información que en carácter de pública se tiene respecto de la administración de sus fondos. No se trata de una cuestión técnica, sino que una de aquellas que se vincula con la noción de “generalidad de la Nación”. No es razonable la construcción de un macro interés colectivista que subordine los intereses individuales del afiliado.

44. La función social es interna al derecho y, como lo indica su propia expresión, revela una dimensión “funcional” del derecho de propiedad en relación con el uso o destino posible del bien sobre el que recae. De este modo, cuando se ejerce un derecho en su interés individual, a la vez, se ejerce una función social misma. Así, por ejemplo, aunque no lo diga la Constitución, el derecho de propiedad urbana se obtiene construyendo y ejerciendo un *ius aedificandi* a través de una implícita funcionalización del “derecho a hacer ciudad”. Su función social es permitir la construcción de esa urbanización de un modo compatible con la conservación del patrimonio ambiental. Nadie sostendría que aquí existe una modalidad colectivista del derecho de propiedad, sino que son, en línea de principio, limitaciones razonables y ponderadas fundadas en la defensa de tal función social.

45. Pues bien, ha de notarse que “es la función social la que otorga vitalidad al informe estructura propietaria. Son las diversas formas de apropiación de bienes las conformadas por la función social. Precisamente su ubicación constitucional en el seno del derecho impone y justifica la diversificación de disciplinas dominicales, entre las innumerables situaciones de propiedad, pero admitiendo siempre la presencia de un común denominador representado por el instituto *propiedad*, luego desarrollado en virtud de la función social”. (Barnes Vásquez, Javier (1988), *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Junta de Andalucía, pp. 84 y 85).

46. Así, la función social que ejecuta un límite interno de los fondos de administración previsional sólo puede surgir de una finalidad propiamente previsional o de seguridad social. El destino de esos bienes nace obligado al servicio



de una función de seguridad social. Se trata de resolver una de las contingencias más relevantes de la vida de las personas puesto que importa verificar un modo de subsistencia para enfrentar la vejez. Esa es una decisión que supera con largueza las solas decisiones individuales. Es un tipo de decisión que ilustra un parteaguas en la vida social. Se deja atrás la vida activa laboral y se adopta un camino que oriente la subsistencia por un tiempo variable que, en promedio va desde un 15 % hasta un 25 % de la existencia de cada persona, dependiendo de si se es hombre o mujer. Esa decisión está fundada en el modo en que se usa, goza y dispone de dichos fondos conforme a su función de seguridad social.

47. La función de seguridad social es resorte del legislador sea porque lo dispone el propio constituyente en sede de propiedad (Artículo 19, N° 24, inciso segundo: “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”) y en sede de protección social (Artículo 19: “La Constitución garantiza a todas las personas (...) N° 18 el derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado”).

En consecuencia, la funcionalización del derecho de seguridad social implica que quién define las contingencias sociales habilitantes de esta función reside en la decisión del legislador.

48. Bajo esta consideración, la clave de los fondos previsionales, por definición del legislador, tiene funciones de seguridad social en su uso, goce y disposición y de la cual resultan dos consecuencias. La primera es una limitación de función social impuesta por derechos de terceros. Así, una parte de la cotización para el sistema previsional tiene un pequeño componente de solidaridad puesto que se destina a un seguro social, el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, aplicable a los casos de pensiones de invalidez y sobrevivencia, de manera que el trabajador cubierto por este seguro, en caso de declararse su invalidez total, tiene derecho, si sus fondos previsionales no alcanzan a financiar el monto de su pensión de invalidez, que es equivalente al 70% del promedio de las remuneraciones imponibles de los últimos 10 años, a un aporte adicional financiado por el SIS, que cubre la diferencia (arts. 56 y 59, del DL 3500).



Y la segunda, es la obligación de función social respecto del mismo afiliado, por cuanto la función de uso de los fondos previsionales se vincula con la financiación de sus contingencias sociales que el legislador haya definido formalmente.

49. De este modo, no se ve cómo la no disposición de uso de los fondos para fines no previstos por el legislador en el marco de solventar contingencias sociales, pueda resultar en una infracción del derecho de propiedad puesto que la propiedad constitucionalmente protegida nace obligada por una función social disciplinar y objetiva asociada a un tipo de protección que solo el legislador puede resolver. Por lo mismo, más que una cuestión de propiedad lo relevante es su examen en sede de seguridad social.

f.- El derecho a la seguridad social y la disposición de los fondos previsionales

50. En el caso del requerimiento, es la propia Corte de Apelaciones de Antofagasta la que fundamenta el mismo sosteniendo la hipotética vulneración del derecho a la seguridad social, conforme lo dispone el artículo 19, numeral 18 de la Constitución. Ello exige analizar, aunque sea someramente, sus mandatos.

f.1.- El derecho a la seguridad social en la Constitución

51. Así como sostuvimos que el punto de partida del caso es la obligación originada en la protección social, el de llegada debe ser la seguridad social. Aunque exista una fuerte impronta pro legislador en el artículo 19, numeral 18°, hay un contenido constitucionalmente protegido: “que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”. En el mismo inciso en donde obliga a cotizar se establece el sentido de la seguridad social. Lo anterior, nos debe llevar a analizar las características de este derecho.

52. La seguridad social no es un título nominal. No es un derecho sobre un bien incorporal a efecto de tener un derecho a pensión relevando el monto de su importe. Todo lo contrario, es un derecho prestacional y efectivo sobre un bien tangible bajo determinados mínimos.



53. Es un deber estatal de garantizar. Esto es de imponer una acción de tutela que permita que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho sea real.

54. Es una garantía de acceso. De acuerdo a la Observación General N° 9, del Comité DESC, sobre derecho a la seguridad social, para garantizar la cobertura de todos (accesibilidad), resultarán necesarios los planes no contributivos. El peso de la accesibilidad está puesto tanto por la Constitución como por el Comité DESC en el esfuerzo estatal.

55. Es un deber promocional respecto de una finalidad móvil o activa. Se trata de una garantía en donde el Estado debe actuar con un propósito específico que debe estar “dirigido a garantizar”. No vale otra acción, como aquellas omisivas o las que tienden a desbaratar el derecho. Todo lo contrario, no sabemos esos montos, pero los que fueren tienen que estar dotados de dicha garantía. En tal sentido, la fórmula “dirigido a garantizar” es un símil de la remoción de los obstáculos que impidieren el ejercicio de dicho derecho.

56. Es una garantía de mínimos. A partir de determinados mandatos normativos el constituyente definió que se tratase de una “prestación básica uniforme”.

57. Esos mínimos son definidos sistemáticamente por el legislador y deben tener un nivel suficiente. De acuerdo al Comité DESC, “[l]as prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. (...). Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.”

58. Esos mínimos se han de vincular a contingencias sociales que son aquellas que generan vulnerabilidad sistémica (vejez, viudez, orfandad, accidentes, salud, etc.). La Constitución las califica como “prestaciones”. Esas contingencias



sociales se regulan bajo un sistema *apertus clausus*, esto es, son de dinámica configuración y no está cerrada a un conjunto de ellas. Justamente la realidad de la vida debe hacer avanzar el conjunto de la procura existencial abriéndose hacia nuevas realidades de vulnerabilidad.

59. En cualquier circunstancia la dimensión de mínimos o básicos debe generarse sobre la base de un mecanismo de seguridad social. Esto es, sobre la base de una estructura contributiva (“cotizaciones obligatorias”). Sin embargo, dicha estructura es resorte del legislador. No es necesario que ésta deba continuar siendo canalizada a instituciones privadas (las que no se pueden asimilar a una AFP). Hay libertad del legislador para definirlo (“podrá”). Esta definición legislativa se hace sistemáticamente en la protección de nuevos supuestos de contingencias existenciales y el mínimo configura un estándar. En materia de pensiones de vejez, son esenciales en esos mínimos las leyes N°s 20.255 y 21.190, según veremos.

f.2.- La disposición o retiro de fondos previsionales

60. **Estaba presente en el sistema antiguo.** Cabe señalar que, en el antiguo sistema de reparto, la Caja de Previsión de Empleados Particulares contemplaba como un beneficio concedido por ella el retiro de fondos (artículo 8° de la Ley N° 10.475). A este beneficio podían acceder los imponentes que dejaran de serlo y que no reunieran los requisitos para obtener algunas de las pensiones que otorgaba la caja. Los aportes podían entregarse en una sola cuota si el imponente justificaba su inversión en una industria o comercio propios.

61. **Hay hipótesis legales de devolución de fondos.** No es ajena a la institucionalidad la devolución de fondos. Se hace en el caso de extranjeros que retornan a sus países, entre otras modalidades (cuotas mortuorias, herencia, etc.). Lo relevante es el título a partir del cual se realizan. Las Cortes han sostenido que se trata de derecho de propiedad. Hay que examinar la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos de devolución de fondos de extranjeros. La posibilidad de la devolución de fondos es una materia de resorte del legislador.

62. **Se reconoce la propiedad sobre esos fondos.** Actualmente, la Ley N° 18.156 faculta a los trabajadores extranjeros afiliados a una AFP a solicitar la devolución de las cotizaciones aportadas a su cuenta de capitalización individual,



siempre que: (1) se encuentren afiliados a un régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; y (2) en el contrato de trabajo, el trabajador haya expresado su voluntad de mantener la afiliación referida. Con todo, una vez recuperados los ahorros de la cuenta de capitalización individual, dependerá de la voluntad del trabajador su aportación al régimen previsional a que está afiliado. Por ello, se ha afirmado que “parece existir un derecho de propiedad distinto para el trabajador migrante. Esto porque el nacional no puede ejercer este mismo derecho [recuperar los fondos previsionales en virtud del derecho de propiedad] para recuperar sus fondos acumulados”.^{††}

63. En este sentido, puede citarse el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol 45.975-2019, confirmada por la Corte Suprema (rol 21.454-2019), que, estimando vulnerado el derecho de propiedad, ordenó la devolución de los fondos previsionales a un trabajador extranjero. La causa se originó en un recurso de protección presentado por un ciudadano colombiano en contra de la AFP Modelo, por su negativa a devolverle los aportes previsionales, fundada, por una parte, en que el régimen de previsión al que estaba afiliado en Colombia solo cubría las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte y, por otra, en que el trabajador si bien señaló en el contrato de trabajo que mantendría su afiliación en el país de origen, también manifestó su voluntad de autorizar al empleador a descontar sus cotizaciones previsionales para ser enteradas en Chile, lo que a juicio de la Superintendencia de Pensiones, hace improcedente la devolución de sus fondos previsionales. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “entendiendo que el certificado de afiliación emanado de la institución extranjera, satisface las exigencias legales de la letra a) del artículo 1° de la ley 18.156, en tanto, da cuenta de la cobertura entregada al trabajador y de su vigencia y ponderando los documentos precedentemente reseñados, se desprende la voluntad del trabajador de mantener sus aportes previsionales en su país de origen, esto es, Colombia, de tal manera que para los efectos legales, son prueba suficiente y apta para acreditar todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 1° de la Ley 18.156, por lo cual tiene fuerza vinculatoria para la AFP recurrida en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 de la misma ley y por ende

^{††} Arellano Ortiz, Pablo. (2013). Propiedad sobre los fondos de pensiones y continuidad de las prestaciones para los trabajadores técnicos extranjeros. *Ius et Praxis*, 19(2), 509-516, p. 513.



a la petición del reclamante señor Pérez (...) [D]e de esta manera, el acto de la recurrida de no hacer devolución de los fondos previsionales que se han depositado en la Administradora de Fondos de Pensiones Modelo y que corresponde a la cuenta individual del recurrente Juan Carlos González Carrero, se estima ilegal, toda vez que se aparta de lo dispuesto en la Ley N°18.156, ya tantas veces señalada, afectando con esta acción al derecho de propiedad que tiene éste respecto de sus fondos previsionales, derecho que se encuentra garantizado por el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, por lo cual este arbitrio deberá ser acogido" (Sentencia de 22.07.19, en causa rol 45.975-2019).

64. Se han propuesto estos retiros desde el sistema de las AFPs cuando son insuficientes. En su momento, la Asociación de AFP propuso devolver los ahorros a los cotizantes fuera del Pilar Solidario, que aportaron pocos años y que, por tanto, acumularon pocos ahorros, pues recibirían pensiones de \$5 mil o en algunos casos de hasta \$300. En esta propuesta está implícita la idea de la suficiencia de las pensiones.

65. La ley permite retirar cuando hay garantías de suficiencia de la pensión. Cabe anotar también que, en lo referente a la devolución de los aportes efectuados al sistema de pensiones, el DL N°3.500 establece que, al momento de pensionarse, el afiliado puede solicitar la devolución del excedente de libre disposición, siempre que sus ahorros previsionales le permitan autofinanciar una pensión, al menos, igual al 70% del promedio de la remuneración mensual imponible de los últimos 10 años y al 100% de la pensión máxima con aporte solidario. Este último requisito fue modificado por la Ley N° 21.190, de manera que, a partir del 1 de enero de 2020, será 12 unidades de fomento.

66. Por último, el proyecto de ley enviado por el actual gobierno al Congreso Nacional para reformar el sistema de pensiones propone el retiro del 50% del mayor ahorro acumulado en la cuenta de capitalización individual en el periodo comprendido entre la fecha en que se cumplió la edad legal de jubilación y la fecha de retiro efectivo.

67. Esta contundente manifestación de leyes antiguas, actuales e hipotéticas manifiesta que siempre ha sido cuestión del legislador permitir o no el retiro de fondos previsionales bajo hipótesis y condiciones que éste establezca. No es



una materia ordenada por la Constitución, pero tampoco prohibida. Por lo tanto, existe discrecionalidad técnica para su definición.

68. Ahora bien, la devolución de los fondos previsionales es una medida que socava también la idea de seguridad del sistema de pensiones. En este sentido, la reflexión de la Comisión de Protección Social conformada en Perú el año 2017 respecto de las leyes aprobadas en dicho país (Leyes Nos. 30.478 y 30.425) que permitieron el retiro total o parcial de los fondos previsionales es atinente: “Estas medidas, si bien reflejan una preocupación entendible del Estado por las necesidades de liquidez de las personas, al final de cuentas no forman parte del objetivo de seguridad social en materia de pensiones. Son preocupaciones que debieran ser atendidas por otro tipo de mecanismos, que no distorsionen al sistema de pensiones, teniendo en cuenta fundamentos económicos y no motivaciones políticas de índole populista. Concretamente, insertar estas medidas dentro del sistema termina debilitando significativamente la protección en la etapa de jubilación”.#

69. Hoy la existencia de deudas hipotecarias no ha sido definida por el legislador como una contingencia social. Nada impide que pueda considerarlo así. De la misma forma, si la existencia de deuda hipotecaria puede ser resuelta mediante otros mecanismos como la consolidación patrimonial con préstamos de corto plazo, con hipoteca inversa o revertida o mediante el retiro de fondos previsionales. No es competencia del Tribunal Constitucional sustituir dicha operación.

g.- La suficiencia de las pensiones y la vulneración de las garantías de un sistema de seguridad social

70. El Tribunal Constitucional desarrolló una hipótesis fuerte sobre las bases de la seguridad social (STC 1710). Ahí configuró los principios clásicos de la seguridad social entendida de un modo amplio, según lo desarrolla la mencionada sentencia. En tal sentido, su no explicitación en la Constitución de 1980, en contraste con el numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3 es irrelevante, porque dichos principios son de la esencia del derecho a la seguridad social. Son cuatro los principios que informan la seguridad social, de acuerdo a una interpretación

Comisión de Protección Social (2017). Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo, p. 231.



sistemática del texto constitucional: solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad: “el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos (...) el principio de universalidad subjetiva [se expresa en que] estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie (...) el principio de universalidad objetiva (...) asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales (...) nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados (...) finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “*garantizar*” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados.” (STC 1710, cc. 131° a 135°).

71. El dilema es si la acción del Estado está o no dirigida a “*garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*”. Si la garantía es estatal respecto de esos mínimos o básicos, es irrelevante si esas prestaciones se otorgan “a través de instituciones públicas o privadas”.

72. En relación a si el sistema de capitalización individual, que se inserta en el pilar contributivo obligatorio del sistema de pensiones, cumple con el objetivo de proporcionar en la vejez un estándar de vida que mantenga algún nivel de comparación con el de la vida laboral, cabe señalar que según cifras reportadas por la Comisión Presidencial de Pensiones, entre 2007 y 2014, la mediana de la tasa de reemplazo de las pensiones autofinanciadas (sin aporte previsional solidario), calculadas sobre el ingreso de los últimos 10 años, es de 34%, siendo de 24% en el caso de las mujeres y 48% en el de los hombres.^{§§} Para el mismo periodo, el Ministerio de Hacienda calculó las tasas de reemplazo de las pensiones autofinanciadas respecto del último ingreso, alcanzando la mediana un 20%, siendo de 12% para las mujeres y de 33% para los hombres y, descomponiendo por quintiles de ingreso, la mediana de la

^{§§} Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (2015). Informe final, p. 87.



tasa de reemplazo del tercer y cuarto quintiles es de 18% y 26%, respectivamente.^{***}

73. Atendido las bajas tasas de reemplazo, la idea de seguridad que supone el pilar contributivo obligatorio del sistema de pensiones parece no realizarse en la práctica. En este orden de consideraciones, sobre el antiguo sistema de reparto, se sostuvo que “[l]a reforma previsional de 1980 representó el fin de un sistema que con mayor propiedad debería haber sido rotulado como de “inseguridad social”, ya que el sistema antiguo malamente podría haber sido considerado como de seguridad social. Objetivamente, el nivel de las pensiones era absolutamente insuficiente y las críticas abundaban, denotando una evidente insatisfacción”.^{†††}

74. No es posible esconder la actual insuficiencia del sistema de capitalización individual. Tampoco resulta razonable culpabilizar a las personas porque no cotizaron los 40 años y en el tope legal que estaban en los supuestos del sistema de capitalización. Esa no era una condición posible dentro de nuestra economía para la generalidad de las personas y permitió la inseguridad social creciente que los tribunales de justicia están enfrentando y que seguirán asumiendo en casos que crecerán en proporción y que se diversificarán en estrategias, según ya estamos viendo en diferentes Cortes.

Esto nos recuerda que todo sistema de seguridad social reposa en la legítima expectativa del cumplimiento de los supuestos sobre los cuales se construyó el modelo. De este modo, como nos recuerdan los expertos en estas materias “en un modelo de subordinación de las políticas sociales al desarrollo económico, la función principal de las políticas sociales consiste en compensar a agentes y grupos por las externalidades negativas que se generan en el proceso”.^{†††} Y no puede ser de otra manera, porque las expectativas incumplidas dejan de tener un sentido orientador y es necesario transitar a fórmulas concretas que permitan que la acción del Estado esté efectivamente “dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas

^{***} Ministerio de Hacienda (2017). Estado de la Hacienda Pública 2017, p. 102.

^{†††} Cheyre, H. (2006). 25 años del sistema privado de pensiones: mitos y realidades. En Titze, M. (Ed.), *AFP: 25 años. Un modelo exitoso* (pp. 41-62). Santiago: Libertad y Desarrollo.

^{††} Lessa Kerstenetzky, Celia (2017), *El estado de bienestar social en la edad de la razón*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 80.



o privadas” (artículo 19, numeral 18°, de la Constitución).

Esto, por lo demás, parece tener un alcance bastante más estructural en el mérito de la política pública que en el examen de constitucionalidad. En efecto, “un denominador común de los 22 países que implementaron la capitalización individual entre 1981 y 2008 es la reducción del peso de los mecanismos de ahorro individual en los sistemas de pensiones (por ejemplo, mediante una menor tasa de cotización dirigida a la capitalización) o la reversión del esquema de capitalización individual a sistemas públicos y solidarios”.^{sss}

Y, por lo mismo, los cambios impuestos por la Ley N° 20.255 implican un modelo integrado de pensiones en Chile, puesto que comienzan a convivir principios diferentes. Junto a la administración privada de las pensiones, el Estado se vuelve garante de las pensiones de los tres primeros quintiles de ingreso (60%), se armoniza el principio contributivo y no contributivo en el mismo régimen previsional; existe financiación fiscal proveniente de rentas generales y de capitalización individual, y se abren modalidades de administración pública y privada.^{****}

75. En este esquema, no es posible describir de un modo taxativo cuándo hay vulneración constitucional del derecho a la seguridad social y cuándo no lo hay si es que no se fijan parámetros a partir de los cuales es posible identificar un estándar bajo el cual no se garantiza el “goce de prestaciones básicas uniformes”.

76. Para ello recurriremos a dos fórmulas. Una es el establecimiento de los estándares de la Organización Internacional del Trabajo en la materia. Y, por la otra, recurriremos a los criterios que el legislador chileno ha ido definiendo conforme ha acentuado el papel de garante frente a la creciente realidad de pensiones bajas. Estos criterios son los que contrastaremos con los casos concretos en estos requerimientos. Cabe recordar, eso sí, que solo en el requerimiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta se da cuenta de la vulneración del artículo 19, numeral 18°, de la Constitución, siendo, en la práctica, este esquema de análisis solo válido para ese caso.

^{sss} Arenas de Mesa, Alberto (2019), *Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, p. 66.

^{****} Arenas de Mesa (2019): 68-70.



h) Asignación y distribución de las necesidades y de las oportunidades

77. Los casos nos plantean hipótesis complejas puesto que nos piden los jueces requirentes, a nombre de los particulares recurrentes, que éstos recuperen el poder de decisión sobre los fondos de su propiedad en las AFPs para asegurar otro conjunto de bienes distintos a su pensión. Por ahora obviaremos que uno se pide antes y otro después de haber ejecutado la decisión de jubilarse. A continuación, sirvan algunas reflexiones autónomas, en sede de teoría de la justicia, a partir del examen de dos autores (Bilchitz, David (2017), *Pobreza y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid y Harris, David (1990), *La justificación del estado de bienestar*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid).

78. Existe una distinción plausible entre necesidades y preferencias. Las necesidades se mueven en la dimensión de ser esenciales y atribuibles a todas las personas. En cambio, las preferencias son acciones voluntarias que se corresponden con el plan de vida de cada persona. En línea de principio, las preferencias se alcanzan en el mercado y las necesidades exigen una intervención estatal por el alcance universal de las mismas.

79. Lo anterior, exige que las necesidades se objetivicen y por tal razón hemos descrito estándares de seguridad social que dan cuenta de esa necesidad. Es potencialmente universal la necesidad de jubilar, pero ¿bajo qué monto de pensión? Es igualmente necesario tener derecho a vivienda, pero la Constitución nada dice al respecto. ¿Acaso la vivienda se mueve en el orden de las preferencias y no de las necesidades? No es posible ser radical en esta definición puesto que con ello se privaría de la naturaleza social de los subsidios a la vivienda. Pero a lo menos describir que en el orden jurídico nacional se configura como un derecho de naturaleza legal. Otra cuestión diversa es que la propiedad determina un nuevo capital que sirva a los efectos de renta de seguridad social. Sin embargo, esas ya son decisiones que se adoptan en el marco de las preferencias individuales.

80. No toda necesidad, por el solo hecho de ser tal, debe ser satisfecha. La necesidad no opera como un principio distributivo independiente de derechos sociales. Por ejemplo, ¿qué pasa si todas las necesidades superan los recursos disponibles para satisfacerlas? Dependerá en buena medida de la definición de necesidad. Por eso, se adjetiva un tipo específico de necesidad y se la “reduce” a las



necesidades “básicas”. Pero, aun así, no nos resuelve el problema porque ya la necesidad dependería del principio de escasez. En tal sentido, comienzan a aparecer algunos principios complementarios a la necesidad que son la base para la solución de conflictos normativos como el presente. Así la escasez, por ejemplo, tiene una función, pero en la medida que se corresponda con racionalizaciones aceptables y equivalentes de los grados de urgencia, sacrificio y compensación de la necesidad.

81. En tal sentido, la pensión es el resultado de un sacrificio significativo por toda la vida laboral que es el deber de cotizar. La pensión se beneficia de una restricción de libertad. Quizás, por lo mismo, puede parecer pertinente que hacia el final de la vida se recupere esa libertad. Sin embargo, la disposición de uso alternativo de los fondos para pensiones, como expresión del ejercicio de esa libertad, volverá a tener una nueva dependencia. Ahora pasará a ser condicionada por el grado en que se satisfagan las necesidades de seguridad social que cubre. En tal sentido, hay que distinguir la necesidad básica de la lo que es realmente necesario para satisfacerlas. La necesidad básica puede resultar un criterio abstracto. En cambio, la satisfacción es concreta pero este criterio puede envolver grados extremos de subjetivización.

82. Hay circunstancias en donde, por ejemplo, el criterio de la urgencia de una determinada necesidad, puede compartir características con la seguridad social, como sería el ejemplo de una enfermedad terminal. Ahí la urgencia podría ser más relevante que la satisfacción de la necesidad básica.

De este modo, no es posible cerrarse a la idea de usos alternativos a los fondos. Sin embargo, el grado de disposición de uso; la ponderación que predetermina un grado determinado de satisfacción de necesidades constitucionales básicas versus necesidades o preferencias legales, nos lleva a pensar que esa preferencia y atributo de decisión le corresponde al legislador en el ejercicio de una decisión de mérito.

83. El modo en que está descrito el derecho a la seguridad social en el artículo 19, numeral 18, de la Constitución, parece aludir al criterio de una prestación básica. El ejercicio de preferencias, por legítimas que sean, puede afectar la necesidad misma de un modo que lleve a nuevos sacrificios. Si no existe un método económico que permita garantizar que los fondos retirados no desnuden el efecto de seguridad social que cubra la pensión (aunque sea insuficiente) es una cuestión entregada por entero al legislador bajo fórmulas del tipo “bono de reconocimiento”. En tal sentido,



la conexión de decisiones puramente individuales de retiro de fondos no necesariamente se traduce en efectos puramente individuales puesto que es previsible la reaparición de necesidades de pensión básica insatisfechas. En tal sentido, el sacrificio puede trasladarse a toda la sociedad en la compensación de métodos no contributivos de pensión.

III.- Examen del caso concreto

a.- Situaciones de las recurrentes de protección

84. En los casos concretos requeridos, es preciso tener presente los antecedentes que se presentan en la siguiente tabla:

Requerimiento	7442	7845
Recurrente de protección	Profesora de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta	Técnico de nivel superior en enfermería. Actualmente, se desempeña en la atención primaria de salud municipal
Años cotizados	Más de 26 años Entre 1987 y 1988 Desde 1990 y hasta agosto de 2017, en forma ininterrumpida	27 años a la fecha A partir de 1981, con intermitencias Desde 2004, se desempeña en la atención primaria de salud municipal No habría realizado cotizaciones durante un equivalente a 11 años acumulados
Situación respecto de la jubilación	Está jubilada	No está jubilada
Tasa de reemplazo	15% (1)	20% (2)



(1) La tasa de reemplazo se calculó sobre los antecedentes aportados por la recurrente de protección, esto es, que el monto de la pensión que recibe es \$185.000 (se ignora si es bruto o neto) y que el promedio de sus remuneraciones líquidas de los últimos 6 meses es de \$1.200.000.

(2) La tasa de reemplazo se calculó sobre los antecedentes aportados por la recurrente de protección, esto es, que el monto bruto de la pensión que recibirá, según proyección de la AFP Habitat, es \$208.097 y que el promedio de sus remuneraciones brutas de los últimos 10 años es de \$1.017.123.

Cabe tener presente que, de acuerdo a las cifras de la Superintendencia de Pensiones, en los últimos 3 años (periodo comprendido entre noviembre de 2016 y noviembre de 2019), el 81,46% de las nuevas pensionadas mujeres cotizó menos de 25 años, cerca de un 7% cotizó más de 25 años e igual o menos de 30 años y aproximadamente un 10,9% cotizó más de 30 años.⁺⁺⁺ En consecuencia, las recurrentes de protección se encuentran entre las afiliadas con mayor años de cotización y aun así el monto de la tasa de reemplazo es bajo. En el mismo periodo, el monto promedio de la pensión autofinanciada de las nuevas pensionadas que cotizaron más de 25 años e igual o menos de 30 años, como es el caso de las recurrentes de protección, es de 6,33 UF.

85. En el caso de la recurrente de protección del requerimiento 7442, cabe señalar que, en el mes de agosto de 2017, cuando la recurrente se acogió a la jubilación, el monto promedio de la pensión autofinanciada de las nuevas pensionadas que cotizaron más de 25 años e igual o menos de 30 años, como es el caso de la recurrente, fue de 6,47 UF y la mediana, 4,31 UF. Su pensión equivale a 6,53 UF de 30.12.19 y a 6,95 UF de 31.07.17.

86. En el caso de la recurrente de protección del requerimiento 7548, quien no se ha jubilado todavía, en el supuesto que se hubiera jubilado en el mes de noviembre de 2019, el monto promedio de la pensión autofinanciada de las nuevas pensionadas de ese mes que cotizaron más de 25 años e igual o menos de 30 años, como es el caso de la recurrente, fue de 5,76 UF y la mediana, 3,76 UF. Su pensión proyectada equivale a 7,35 UF de 30.12.19 y a 7,41 UF de 31.10.19.

⁺⁺⁺ Para el mismo periodo, las cifras correspondientes a los nuevos pensionados hombres son, respectivamente, 57,11%, 13,42% y 28,93%.



87. En ambos casos, las recurrentes de protección obtienen pensiones autofinanciadas superiores al promedio y a la media de otras mujeres que se encuentran en el mismo tramo de años cotizados.

Lo anterior permite concluir que el esfuerzo contributivo de las recurrentes de protección ha sido importante y elevado, en comparación con la mayoría de las afiliadas mujeres.

b.- Estándar de pensiones suficientes en el marco de los Convenios de la OIT

88. Atendido este esfuerzo contributivo, el principio de suficiencia de la seguridad social no queda satisfecho simplemente porque el monto de la pensión es superior a la pensión básica solidaria, que supone ausencia de esfuerzo contributivo.

Para estos efectos, es útil considerar el estándar fijado por la OIT para las pensiones de vejez. En efecto, la tasa de reemplazo establecida por el Convenio 102 de la OIT, Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, asciende a un 40% para 30 años de aportes.

Este porcentaje de tasa de reemplazo fue elevado a 45% por el Convenio 128 de la OIT, Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967.

Si bien los dos convenios referidos no han sido ratificados por nuestro país, sus orientaciones son relevantes de considerar, en especial, el Convenio 102 de la OIT, dado que es el instrumento internacional fundamental en materia de seguridad social, porque establece los pisos mínimos de las distintas ramas de la seguridad social.

El Convenio 102 previene que el porcentaje de la tasa de reemplazo podrá reducirse proporcionalmente en caso de no cumplirse los 30 años de aportes. Siguiendo este estándar, la tasa de reemplazo de la recurrente de protección del requerimiento 7442, con 26 años de aportes, debiera ser de 39% (\$468.000) y la de la recurrente de protección del requerimiento 7548, con 27 años de aportes, 40,5% (\$411.934).

89. Por consiguiente, en ambos casos, la tasa de reemplazo de las pensiones autofinanciadas que entrega el sistema de capitalización individual es cerca de la



mitad del piso mínimo establecido por la OIT y está muy lejos de la promesa del sistema, que en el año 2000 anunciaba que en el 2020 los afiliados del nuevo sistema de pensiones se jubilarían con el 100% de su remuneración promedio durante sus años trabajados (El Mercurio. 04.02.2020. “Chilenos se pensionarían con el 100% de su sueldo el 2020”).

c.- Estándar de pensiones suficientes conforme al parámetro del DL 3500

90. La segunda manera de verificar la relación existente entre los antecedentes de cada caso en relación con el artículo 19, numeral 18°, de la Constitución es atendiendo al modo en que el legislador ha definido la regla o estándar básico de pensiones. No estamos aludiendo a un régimen asistencial, sino que a un modelo básico de pensiones. Para ello es necesario recurrir a las siguientes leyes:

La Ley N° 20.255 establece el beneficio del Aporte Previsional Solidario, que es una prestación a la que tienen derecho los trabajadores que hayan cotizado al sistema de pensiones contributivo, autofinancien una pensión menor a la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS) y cumplan con los demás requisitos de elegibilidad (edad, afluencia y residencia). Por consiguiente, sobre el umbral de la PMAS, el Estado ya no aporta al monto de la pensión autofinanciada por el trabajador. En este sentido, la PMAS entrega un criterio de suficiencia. En el caso del requerimiento 7442, a la fecha en que la recurrente de protección se jubiló, el monto de la PMAS era de \$309.231, por lo tanto, el monto de su pensión, de \$185.000, representa cerca del 60% de la PMAS.

Por otra parte, el Decreto Ley N° 3.500 entrega un criterio de suficiencia distinto, que atiende, además, al historial contributivo del trabajador. Este criterio se desprende de los requisitos para acceder a los excedentes de libre disposición. La ley permite al afiliado retirar de la cuenta de capitalización individual parte de los ahorros acumulados, cuando logra financiar con sus fondos previsionales una pensión al menos igual al 70% del promedio de sus remuneraciones imponibles y rentas declaradas de los últimos diez años anteriores a la jubilación y a 12 UF. En ese caso, entonces, el trabajador puede disponer libremente del saldo de ahorro en la cuenta de capitalización individual, de manera que puede retirarlo o dejarlo para aumentar el monto de su pensión y, por tanto, se advierte en esta posibilidad una idea de



suficiencia. En la época en que se jubiló la recurrente de protección del requerimiento 7442, los requisitos para acceder a los excedentes de libre disposición eran financiar una pensión al menos igual al 70% del promedio de sus remuneraciones imponibles y rentas declaradas de los últimos diez años anteriores a la jubilación y al 100% de la PMAS. En el caso del requerimiento 7442, no se aportan antecedentes que permitan establecer cuál era el promedio de las remuneraciones imponibles de los últimos diez años, razón por la cual, para este ejercicio, se utilizará el promedio de los últimos 6 meses, que fue la información entregada por la pensionada. Considerando que dicho promedio fue de \$1.200.000, lo que es casi 4 veces mayor a la PMAS, el monto de su pensión, de \$185.000, representa en torno a un 15% del promedio mencionado.

En consecuencia, cualquiera que sea el criterio de suficiencia legal que se utilice, el monto de la pensión de la recurrente de protección en el requerimiento 7442, quien ha aportado al sistema de pensiones de capitalización individual por más de 26 años, es insuficiente.

d.- Conclusiones aplicables a los casos indicados

91. En síntesis, creemos que cabe desestimar el requerimiento por vulneración del derecho de propiedad basado en los siguientes argumentos:

a) La libertad denunciada en el requerimiento debe examinarse en una perspectiva integral de la Constitución. Efectivamente, la fuente de origen del problema reside en el establecimiento de una norma que es paternalista. Hay evidencias serias en previsión social de procrastinación y la manera de resolverla es mediante una restricción a la libertad. No habría propiedad sin esta obligación y toda la propiedad existente es el resultado de esa obligación. Por eso, el punto de partida y de llegada debe ser el artículo 19, numeral 18° de la Constitución.

b) La imposición de cotizaciones obligatorias es un problema constitucional en otros países^{###} y nuestra Constitución lo resolvió directamente.

^{###} El primero es que el Congreso no sobrepasó sus poderes cuando aprobó el “mandato individual” que obliga a todos los estadounidenses a obtener un seguro de salud o, de lo contrario, pagar una multa. El debate estaba en sí esto se trataba de un nuevo impuesto o de una medida comercial que habría sido inconstitucional. Al ser considerado un impuesto, el Congreso tiene la potestad de establecerlo, según la Corte. Es el caso de la histórica sentencia “NFIB v. Sebelius”, de 2012.



c) La propiedad garantizada tiene particularidades que se someten al régimen constitucional plural de garantía en todas “sus formas” y “especies”. Es necesario someter a examen teórico la naturaleza de dicha propiedad. Pero lo que sabemos es que no es de aquellas propiedades garantizadas por el Código Civil. También sabemos que no es solo un derecho a un bien incorporal, no es solo el reconocimiento de un derecho, puesto que su conversión en bien corporal es inmediato.

d) La plenitud de los atributos del dominio exige identificar un límite. Es cuestionable que la propiedad sobre esos fondos esté delimitada por el mismo derecho de propiedad puesto que los montos están hoy sujetos al régimen de seguridad social. La persona está pensionada. No es el derecho de propiedad el que predetermina la titularidad para la solicitud. Esa solicitud se realiza desde otro derecho, puesto que está vigente la titularidad de pensionada. Cuestión diferente habría sido el dilema de resolverlo con ocasión de la percepción de la pensión.

e) Los derechos fundamentales como la propiedad de esos fondos pueden ser limitados por otro derecho y no solo por los límites propios o inherentes al derecho mismo. Por eso, se trata de un factor exógeno al derecho mismo. Tendría todos los atributos del dominio si no tuviera un límite externo que modula ese derecho. Ese límite fue establecido constitucionalmente, por el artículo 19, numeral 18°, y legalmente, por algunas de cláusulas legales cuestionadas en estas causas, entre otras normas del Decreto Ley N° 3500.

f) Por estas consideraciones, no cabe cuestionar ni estimar que exista vulneración a este derecho, pero sí cabe suspender el examen que se realice en sede de derecho a la seguridad social. Hay que recordar que identificar un límite no implica sostener su constitucionalidad, puesto que éste, a su vez, no debe afectar la esencia del derecho y ser proporcional en el cometido de su finalidad.

g) El requirente judicial cuestiona autónomamente el derecho a la seguridad social, quizás de un modo que no lo hace el recurrente de protección.

h) Hemos demostrado que en la causa que cuestiona el derecho a la seguridad social, sea que apliquemos el estándar de los Convenios de la OIT como el estándar legal del Decreto Ley N° 3.500 las pensiones resultantes son insuficientes.

i) Esa insuficiencia no es reprochable bajo ningún aspecto a los recurrentes de protección puesto que se trata de casos de amplia cotización y por un número



significativo de años. No es posible enjuiciar a las personas por deficiencias estructurales del régimen contributivo.

j) Sin embargo, la insuficiencia de las pensiones cuestiona las expectativas de quiénes las fundaron, generando severos daños de legitimidad al régimen de capitalización individual, que el legislador ha morigerado con la Ley N° 20.255, pero no necesariamente ese déficit se traduce en un efecto de inconstitucionalidad inmediato. Conforme lo dispone la Constitución, es exigible al Estado que su acción vaya dirigida “a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”. Lo anterior, implica que en hay un ámbito prudencial que se mueve entre pensiones básicas o mínimas pero insuficientes y pensiones suficientes, aunque menores a las tasas de reemplazo asociadas al último trabajo. Esa decisión de incrementar la equidad mediante pensiones tendentes a lo suficiente es una determinación del legislador.

k) Parece necesario identificar la diferencia entre necesidades y preferencias individuales. El modo en que se combinan estos conflictos normativos supone atribuir una preferencia a la satisfacción de necesidades, según lo determina la Constitución.

l) En particular, del colegislador (artículo 65, numeral 6° de la Constitución específicamente del Presidente de la República que puede iniciar proyectos de ley sobre la materia que son propios del ámbito de la reserva de ley (artículo 63, numeral 4°, de la Constitución). La apreciación normativa y fiscal de estas cuestiones deben satisfacer estas reglas que hoy día se ven seriamente amagadas, según lo acreditan estos casos específicos. Para ello, en el ámbito económico se ha identificado el principio de “reserva de lo posible” como uno de aquellos que guía las decisiones que suponen administrar recursos escasos. Sin embargo, no hay que olvidar que el eje de estas causas está sostenido en pensiones contributivas en donde el efecto del peso de las mismas ha recaído en las propias trabajadoras. Lo anterior, torna en urgente, pese a todo el conjunto de necesidades públicas que se afronte con mayor decisión este ámbito de la política pública en su mismo mérito. Es parte del mérito político armonizar la devolución legal de fondos con la existencia de garantías, bonos de reconocimiento o avales que permitan la persistencia de la función de seguridad social con cargo a esos mismos ahorros.



Redactaron la sentencia los Ministros señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, y las prevenciones, los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y GONZALO GARCÍA PINO, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 7442-19-INA

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.