

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y RETIRO DE FONDOS DE AFP

Síntesis de los alegatos y comentarios (no se tiene a la vista los escritos presentados en el proceso)

Cuestión debatida

La prensa ha presentado la cuestión señalando que se trata de determinar si se tiene derecho de propiedad sobre los fondos previsionales, y por ende, si se pueden retirar

La cuestión jurídica se refiere a si el acto de la AFP por el cual se negó a entregar sus fondos de pensiones a las recurridas, se funda en normas contrarias a la Constitución.

El objetivo de este documento es presentar, de manera sintética y no textual, los antecedentes que se hicieron valer en los alegatos de los abogados ante el Tribunal Constitucional.

I. Defensa de los abogados de las AFP y del Presidente de la República (se oponen al retiro de los fondos)

1. Abogado Jorge Correa Sutil (político DC, columnista, ex ministro del TC)

El abogado obró como defensor de la AFP Cuprum. Correa acusa que se trata de una acción con fines políticos dado que persigue una decisión política, según se ha dicho en la prensa; que el TC pasaría a ser tercera Cámara si acoge el recurso; que la ley avala con regla expresa a la AFP para no aceptar el retiro; y que los abogados de la demandada son poco doctos e incurrir en faltas a la ética profesional.

No desarrolló en su alegato ninguna idea sustantiva. Su alegato llamó la atención por su falta de cortesía profesional, al denostar a los abogados de la parte contraria por falta de ética y de profesionalismo.

2. Abogado Rodrigo Díaz de Valdés

En su alegato Díaz de Valdés, defensor de la AFP Habitat, sostuvo que la demandada tiene poca pensión porque cotizó poco; que los argumentos según los cuales no retirar los fondos atenta contra la propiedad, deben ser rechazados, porque el DL 3500 que establece la capitalización individual es coherente con la Constitución. Ello porque ella admite limitaciones a la propiedad por razón de la seguridad social y acepta la cotización obligatoria. El individuo tiene derecho de propiedad, pero, es una propiedad especial. Es una propiedad afectada. Su limitación tiene que ver con la función social de la propiedad. Hay interés general de la sociedad porque configura un sistema de protección social. Agrega que el sistema de pensiones ha sido reformado (2008) pasando a ser un sistema mixto.

Afirmó que la Constitución admite la cotización obligatoria, la que debe ser ahorrada. Es una obligación de derecho público que configura un patrimonio afectado.

El ahorro es obligatorio según se desprende de la constitución, aunque no esté dicho expresamente. El tener ahorro favorece el pilar contributivo en la medida que menos personas necesitarán del apoyo estatal.

Para aceptar lo pedido, afirmó Díaz de Valdés debería reformarse la Constitución.

Invocó también la función social de la propiedad.

Abordó, igual que Correa, la cuestión del TC como legislador, pretensión que se atribuye a los requirentes. Se criticó al abogado Atria porque antes rechazó fuertemente esta idea, y ahora pide que el TC se comporte como legislador. Díaz de Valdés le hace ver a Atria su inconsecuencia de alegar ante un Tribunal que ha criticado tanto.

Para terminar, agrega que el juicio de ponderación y sus elementos, los que explica, favorece la tesis de la AFP. Explicándolo, invoca el GES que cubre la enfermedad invocada.

Si se acepta el retiro, dice, se incrementaría el déficit fiscal, según lo preciso la superintendencia respectiva.

Termina invocando estudios del Banco Mundial que ha demostrado que permitir los retiros, baja la tasa de reemplazo.

Pide en síntesis, el rechazo del requerimiento.

3. Abogado Alejandro Charme, representante del Presidente de la República

El abogado del Presidente de la República pide que el TC no dé lugar al recurso.

El abogado reiteró algunas ideas del abogado de las AFP. Se refirió al tipo de ley que regula la materia.

Afirmó que "el derecho de propiedad no es absoluto en el régimen constitucional chileno".

Cuestionó la afirmación según la cual el sistema de AFP está sometido al mercado. Lo califica de mixto a partir del 2008.

Reitera ideas ya dichas por defensor de AFP Habitat.

Pasó a explicar cómo opera el pilar solidario, la pensión básica solidaria para demostrar el rol del Estado. En Chile la labor del estado es traspasar recursos, no se recurre al sistema de reparto. Existe la pensión básica solidaria. Se funda en recaudación tributaria que favorece a los más pobres atendiendo a su nivel de ingresos a partir de los 65 años.

Agregó el sistema de pensiones se forma con el DL 3500, pero, no lo agota. Hay otras normas.

Descalificó el sistema anterior: no había universalidad ni suficiencia. Los sistemas no son perfectos y rara vez cumplen la suficiencia.

Pasó a explicar el sistema y la cotización individual como parte del sistema. Se refiere a la cotización del empleador para pensión de invalidez. Aquí opera un seguro que garantiza un 70% de ingresos. El sistema chileno, por tanto, es mixto. Hay varios sistemas. El DL 3500 aislado es pobre en este sentido, pero no el sistema chileno.

Pasó a explicar cuestiones no relevantes para el caso: tipos de fondos. Los fondos pueden incluso ser testados en ciertos casos, porque pueden ser heredados. Hay un derecho de propiedad, aunque sólo en este caso sería puro y simple. En los demás casos hay afectación.

Si se retiran los fondos se puede afectar el pilar solidario. Explicando la afectación se refiere a que los fondos solo se pueden usar para vejez, sobrevivencia, incluso para cuota mortuoria.

Charme invoca las reglas de interpretación y la coordinación de los ddhh, para sostener que la recurrente no busca esa coordinación sino imponer la propiedad privada por sobre la seguridad social y el interés general de la sociedad.

La seguridad social limita el derecho de propiedad, y el estado obliga a ahorrar para ello.

La tutela del ahorro se explica porque a los 65 años las personas suelen estar sin recursos.

Afirma que el crédito hipotecario no es una contingencia a cubrir por la seguridad social.

Recuerda que hay proyectos de ley en curso.

II. Defensa de las requirentes (exigen que se respete el derecho de propiedad sobre los fondos y por ende que se permita el retiro).

1. Fernando Atria

Atria dice no se hará cargo de críticas a su ética.

Desde la analítica y recurriendo a la teoría de la adjudicación se centra en el sentido que ha de darse a los conceptos. Pasa a centrarse en el dominio y sus facultades, para concluir que la propietaria no puede ser privada de su facultad de disposición. Discute sobre el tipo de propiedad y hace notar que el TC ha dicho que el trabajador es dueño y ha aceptado la idea de propiedad afectada, idea que no tiene base jurídica. Dice Atria que la propiedad del trabajador no es una propiedad *sui generis*, por lo tanto, lo relevante es no perder de vista que el cotizante es dueño.

Lo que hay, agregó, en la capitalización, es una privación de dominio no una afectación. Privación contraria a la constitución. Lo que se pide es que la propiedad del trabajador sea efectivamente protegida, como se protege toda propiedad en la Constitución. Salvo que se sostenga que la propiedad del trabajador es un tipo distinto.

Insiste en el valor de dar a las palabras su sentido correcto. El alcance de la seguridad social es distinto al sistema de seguro privado. Por eso es que importa el sentido de las palabras. El seguro privado no es seguridad social. Y las AFP funcionan con la lógica de seguro privado. La prima del seguro privado es la medida de la protección. La AFP sólo recurre a la obligatoriedad no a la lógica del seguro social. Es un sistema de ahorro forzoso individual y el interés en juego es puramente individual. Luego, no hay tal función social de la propiedad. La AFP no recibe cotizaciones sino depósitos. La CP consagra un sistema de depósito en cuenta de ahorro por razón de ser un estado paternalista.

En verdad, agregó, tal vez no estamos en presencia de una auténtica propiedad. Si de verdad es dueña, entonces las reglas del DL 3500 son contrarias a Constitución.

Pide al Tribunal que responda a la pregunta ¿en qué otros casos se admite que el dueño sea privado de su propiedad por décadas?

2. Abogada Javiera Aravena

La abogada Javiera Aravena señaló que el fallo es sobre un caso con efectos colectivos. Sostuvo que la función social de la propiedad es una conquista de los trabajadores. No se puede oponer esta función a un derecho que se ejerce en un sistema de capitalización individual. El que actúa como verdadero dueño respecto de los fondos es la AFP.

Se pide se declaren contrarios a la Constitución ciertos artículos del DL 3500.

La abogada precisó el alcance de los principios de la seguridad social. Es una proyección de la dignidad humana. Y sus principios los ha reconocido ya el Tribunal Constitucional chileno en fallos anteriores.

Afirmó que en el caso concreto la pensión no garantiza la dignidad humana. Recordó que en Chile rigen las reglas de la OIT y los tratados internacionales de ddhh. Hay 2 convenios vigentes en Chile, que fueron afectados por el DL 3500 provocando un caso de prohibición de regresividad.

Hace notar que el sistema de las FFAA es un caso de seguridad social, así como las pensiones del ex INP. Para concluir que el DL 3500 no protege ni la propiedad, ni el derecho a la seguridad social.

Ahora expone el laboralista Ugarte en defensa de la requirente.

3. Abogado José Luis Ugarte

Sostuvo que la cuestión central es si la limitación a la propiedad privada que impone el DL 3500, es constitucional.

La pregunta relevante, señaló, es, si existe en Chile un sistema de seguridad social. Su respuesta es negativa. Por ende no estamos frente a un caso de cumplimiento del derecho constitucional a la seguridad social. No estamos frente a un caso de colisión de derechos, porque la AFP no es un sistema que manifieste el derecho a la seguridad social. Luego no hay colisión entre derecho a la seguridad social y derecho a la propiedad.

Recuerda que los sistemas de seguridad social fueron respuesta al fracaso del ahorro individual en modalidad capitalización individual.

Hizo ver que el propio TC ha identificado los principios de la seguridad social. Ella es un conjunto de principios. Y en ello tiene relevancia el derecho internacional de los ddhh. Un principio básico es la solidaridad: los pasivos son financiados por los activos. Y se supera la relación aporte y pensión a recibir.

El pilar solidario no cumple este requisito, es decir, no transforma a todo el sistema en solidario. No es un principio constitutivo para entender lo que ha de recibirse como pensión.

El principio de suficiencia también está afectado. Las pensiones deben permitir un vivir con dignidad y eso no ocurre en los casos que se debaten. La suficiencia tiene demostración histórica, de que no se generó nunca por el sistema de capitalización individual.

¿El sistema del DL 3500 cumple la exigencia constitucional del propio derecho chileno? No. El modelo no cumple los requisitos del artículo 19 número 18 de la Constitución vigente. En la literatura comparada el caso chileno es un ejemplo de modelo no solidario. Terminó señalando. Mi opinión es compartida. Incluso la Ministra del Trabajo ha reconocido que las AFP han fallado como sistema de seguridad social.

Precisó que al Movimiento Social le importa este tema.

Invita al TC a ser consecuente con su jurisprudencia. Destaca la regla constitucional vigente y pide que el TC lo haga aplicable en este caso.

Hubo preguntas de los ministros

Preguntó el ministro Pozo y pidió ejercicio de ponderación a 2 abogados. Díaz de Valdés afirmó que hay un sistema de seguridad social y además intereses generales y un costo fiscal.

Ugarte no acepta la pregunta tal como se formuló. Precisa que no cabe ponderar porque la AFP no es un caso de derecho a la seguridad social.

El Ministro Vásquez pregunta algo que se había precisado con claridad en el alegato. La abogada precisó nuevamente los artículos impugnados.

A la segunda pregunta se contestó: lo que se alega es que el acto de la AFP es arbitrario y no ilegal. Las Cortes alegan que hay inconstitucionalidad, los alegatos se refieren a la constitucionalidad o no de esos artículos. Las Cortes deberán fallar a la luz de lo que falle el TC.

Vásquez insiste en confundir el sentido del alegato: dice que se busca diseñar una política pública. Atria le insiste en que el punto es jurídico.

El Ministro García pregunta sobre 2 casos de devoluciones y el título que la justifica. Charme contesta que hay 2 casos de devolución: extranjero y exceso. Si el pensionado se financia el 70% y no está en aporte solidario, y la pensión es superior a 12 UF, puede retirarlo. Si el pensionado se autofinancia en un 70%, puede retirar el exceso.