



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

ig /c.estudios.desarrollo

tw @ced_cl

Novedades

20/08/2020

Política Sectorial

El Retiro del 10% en el Sistema de Pensiones Chileno: ¿Protección o Seguridad Social?

30/07/2020

Política Sectorial

La salud pública de Chile en el contexto global: Oportunidades que deja la pandemia de COVID-19

15/07/2020

Sociedad

Dinámicas religiosas y seculares en el mundo global: una conversación con Charles Taylor

26/06/2020

Política

Reforma a Carabineros: lo acordado, lo no discutido, lo urgente y lo importante

19/06/2020

Política

¿Una nueva desnudez del derecho? Una breve reflexión sobre la pandemia y las transformaciones del fenómeno jurídico

Acerca de

Este informe ha sido revisado por el Consejo Editorial de Asuntos Públicos. El contenido no representa necesariamente la opinión del Centro de Estudios del Desarrollo, CED.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe N°1383

Política Sectorial

20/08/2020

El Retiro del 10% en el Sistema de Pensiones Chileno: ¿Protección o Seguridad Social?

Hugo Cifuentes Lillo¹

Marco Vásquez Bermejo²

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19, sus efectos económicos y sociales a cinco meses de la declaración del estado de catástrofe nacional (18.03.2020), y las necesidades de importantes sectores de la población, llevaron al Congreso a promover y aprobar una reforma a la Constitución Política de la República (en adelante la CPR o la Constitución) que impactó en el sistema de pensiones por capitalización individual, al autorizar el retiro³ excepcional de hasta el 10% de los saldos de las cuentas personales de los afiliados activos y pensionados en condiciones de efectuarlo.

La indicada reforma constitucional es la primera generada vía iniciativa parlamentaria durante vigencia de la Carta de 1980, y que se convirtió en la ley 21.248, publicada con fecha 30.07.2020. El resto de las varias modificaciones al sistema de pensiones han tenido lugar por la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, tal como lo indica la misma Constitución.

Según información de la Superintendencia de Pensiones (en adelante, la Superintendencia), al 10.08.2020, del total de los poco más de 11 millones de afiliados, 8.438.786 personas han ingresado sus solicitudes para hacer uso de este derecho, equivalentes a poco más del 76% del total de posibles beneficiarios⁴. Estos datos corroboran lo indicado por encuestas, en que más del 85% manifestaba su intención de retirar el 10% de sus fondos previsionales, no teniendo mayores diferencias entre los distintos segmentos socioeconómicos, zona del país o, incluso, tendencia política⁵.

¹ Es abogado, Licenciado en Derecho de la U. de Chile, Doctor en Derecho por la U. Complutense de Madrid. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la P. U. Católica de Chile y U. Diego Portales. Delegado en Chile de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS.

² Es abogado, Licenciado en Derecho de la P. U. Católica de Chile, Máster (c) en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la U. de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS.

³ ¿Qué debemos entender por retiro? Conforme lo señala la RAE, al hacer referencia a retirar, aquello consiste en "apartar o separar a alguien o algo de otra persona o cosa o de un sitio", por lo que, la normativa en comento importa separar parte de las cotizaciones previsionales del total del saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual de un afiliado.

⁴ Informe Superintendencia de Pensiones al 10.08.2020: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articulos-14082_recurso_1.pdf

⁵ Encuesta Pulso Ciudadano Activa, julio 2020: https://www.activasite.com/wp-content/uploads/2020/08/Pulso-Ciudadano_Julio-Q2.pdf

Frente a las tres mociones parlamentarias que dieron base a esta reforma constitucional⁶, la mayoría de los de economistas, abogados y demás especialistas de todos los sectores, cuestionaron la propuesta por los efectos que ello generaría en la cuantía de las pensiones y, más aún, por romper una regla de estos sistemas, al permitir el retiro de fondos previsionales, ello independiente de las observaciones más o menos radicales existentes frente al sistema de capitalización individual, en las que entre ellas se encuentran los autores.

A continuación, abordaremos la reforma, sus efectos desde la perspectiva jurídica, en particular de la seguridad social y en relación con la garantía constitucional de este derecho, así como el retiro de cotizaciones con fines diferentes a una pensión afecta estos sistemas. Queda fuera de nuestro análisis, las motivaciones políticas y, especialmente, las plausibles demandas ciudadanas por disponer de recursos en las precarias condiciones en que se encuentra parte importante de ella producto de la pandemia, siendo de todas formas motivo de análisis la relación de la seguridad y la protección sociales en situaciones de catástrofes.

Partiremos revisando la forma en que nuestra Constitución recoge el derecho a la seguridad social, en particular en pensiones, luego desarrollaremos brevemente los aspectos de seguridad social y protección social ante catástrofes, para a continuación analizar cómo se articula en el ordenamiento jurídico un régimen de capitalización individual que atribuye al afiliado la titularidad de los fondos de su cuenta pensional, teniendo presente los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en especial el fallo de marzo del año en curso⁷, para así entrar en una descripción detallada de la norma transitoria constitucional, concluyendo con los efectos directos e indirectos en materia de seguridad social del retiro de fondos que nos ocupa y si estas necesidades de la población deben ser cubiertas por prestaciones de la seguridad social o de la protección social.

2. LA CONSTITUCIÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

La Constitución Política, también conocida como Carta Magna⁸ de toda República es, conforme lo señalaba Alejandro Silva Bascuñan "la ley fundamental de la organización del Estado y de la forma de gobierno" (Bascuñan, 1963, p. 55). De tal forma, nuestra Constitución, en su texto vigente desde 1980, no escapa a esa denominación.

La CPR consagra a todas las personas a través de garantías explícitas unos derechos que entendemos naturales a la condición humana. Los términos en que se materializa dicha regulación básica o primaria pueden ser en términos amplios o restringidos (D° primarios o secundarios). Entre ellos se encuentra el de la seguridad social, que en nuestra Constitución se asegura al igual que el acceso a las acciones de salud, en numerales diferentes dentro del artículo referido a las garantías constitucionales (Art. 19 n° 9 y 18, CPR).

Entre las prestaciones que considera todo sistema de seguridad social, se encuentran las pensiones, en sus tres tipos básicos: vejez, invalidez y sobrevivencia.

⁶ Boletines 13.501-07, 13.617-07 y 13.627-07, todos abordados más adelante.

⁷ Rol N° 7442, fallo del 14.05.2020.

⁸ En relación a la referencia de la "Magna Carta Libertatum" de Inglaterra en 1215, con el fin de pasar a ser un instrumento fundamental de reconocimiento de libertades, y que hasta el día de hoy sirve como sinónimo al referirse a la Ley Fundamental de cada país.

ASPECTOS DE FONDO. El derecho a la seguridad social, incluida en ella la protección de las enfermedades, se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en particular sus Art. 22 y 25⁹. De esta forma, nuestra Carta Magna precisa el carácter de derecho fundamental de la seguridad social, en términos similares a como la realizan los instrumentos internacionales.

El derecho de la seguridad social puede ser entendido como "esencial de la persona humana y derivación básica y fundamental de la dignidad humana no puede eliminarse ni desconocerse sin vulnerar abiertamente la Constitución Política en su artículo 5º, inciso 2º, el artículo 19 N° 18, además de vulnerar el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)" (Nogueira, 2009, p. 453).

El contenido mínimo del derecho está dado por las prestaciones por vejez, invalidez, muerte, cesantía, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones familiares, salud y enfermedad¹⁰, y que son exigibles en cuanto mínimos y contenido esencial, que lo son. El acceso a ellas se asegura legislativamente.

Los principios básicos de la seguridad social: universalidad, integralidad o suficiencia, unidad y solidaridad, informan la Constitución, tal como lo ha precisado el TC¹¹.

El artículo 19 n° 18 de la CPR consagra el derecho con el siguiente texto:

"El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado está 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."

Las características de los derechos consagrados en la CPR en seguridad social¹² son:

a) Normas escuetas, dejan íntegramente la regulación a la Ley, la que en la práctica ha manifestado una relativa autonomía respecto a la CPR¹³.

⁹ Para estos efectos, se incorporan lo indicado por ambos artículos:

- Artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

- Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

¹⁰ Ver al respecto, el Convenio 102 (1952), sobre norma mínima de la OIT. Hoy en día se consideran otras prestaciones asociadas o no a las indicadas, como es, por ejemplo, la dependencia, relacionada con la cuarta edad.

¹¹ Sentencias Rol N°1218-08-INA, de 07.07.2009, considerandos 26º y 30º, en que señala: "... tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica. Corrobora lo dicho la revisión de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de la cual se extrae el pasaje siguiente, pues demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente a propósito del principio de solidaridad [...]"

¹² Reglas también aplicables a la garantía constitucional de la salud.

¹³ Parte de la doctrina sostiene que una Constitución debe contemplar sólo los criterios básicos, dejando a la ley la regulación más específica del sistema, a objeto que pueda ir adaptándose con mayor facilidad a los cambios.

- b) Reconocimiento filosófico a la existencia de una seguridad social que incluye administración privada (con fines de lucro), lo que trasunta una cierta inspiración individualista y de trasfondo económico en normas constitucionales.
- c) La Constitución consagra el carácter de régimen mixto público-privado del sistema, lo que no se produce totalmente en materia de pensiones.
- d) El Estado debe garantizar el acceso a prestaciones básicas y uniformes.
- e) En cuanto al financiamiento, la CPR permite que pueden fijarse cotizaciones obligatorias, voluntarias y prestaciones fiscales (no contributivas).
- f) Las leyes que regulan su ejercicio son de quórum calificado (mayoría absoluta parlamentarios en ejercicio), con la finalidad de entregar mayor estabilidad a estas normas.
- g) Respecto al rol del Estado, a fin de privilegiar la iniciativa individual de acuerdo con los principios de la economía de libre mercado, se atenúa el principio de la solidaridad, quedando relegado a una materialización legal. En 2008, ley 20.255 incluye el pilar solidario como complementario de la capitalización individual (Cifuentes, Arellano y Walker, 2013).

El derecho a pensión en la Constitución no se menciona expresamente, pero tampoco menciona los otros. El TC ha señalado en la causa rol 1710-10 (06.08.2010), considerando 114: "los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones" (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida "a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones" (Art. 19, N° 18°)".

El legislador en virtud del mandato establecido en 1980 estableció un régimen de pensiones general, obligatorio y contributivo basado en la capitalización individual, en que el dueño de las cotizaciones es el afiliado, pero ni él, ni el administrador pueden disponer de esos recursos si no es para pensiones, salvo excepciones como el retiro de excedentes de libre disposición o el retiro excepcional que motiva el desarrollo de este artículo.

ASPECTOS DE FORMA. Las leyes que regulan o inciden en este derecho son de quórum calificado (Art. 19 N° 18, inciso 2°, en relación con el Art. 66 inciso 3° CPR). Sin embargo, el artículo 63 de la CPR, entre las materias de ley en su numeral 4° señala que: "Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social", son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, estableciéndose una prohibición constitucional de iniciativa legislativa parlamentaria sobre la materia, requiriendo de patrocinio del ejecutivo¹⁴.

¹⁴ Desde una perspectiva histórica, fue a través de la Reforma Constitucional del Presidente Frei Montalva del 23.01.1970 (Ley 17.284) que se estableció la iniciativa exclusiva en materia de seguridad social, agregando al Art. 45 de la Constitución de 1925 lo siguiente: "Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa para proponer suplementos a partidas o ítem de la ley general de Presupuestos; para alterar la división política o administrativa del país; para suprimir, reducir o condenar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales, para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la administración del Estado, tanto central como descentralizada; para fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; para establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; para conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia".

3. SEGURIDAD Y PROTECCIÓN SOCIALES DURANTE UNA CATÁSTROFE

De un tiempo a esta parte, las instituciones tanto de protección como seguridad social frente al otorgamiento o transferencias de recursos ha tendido a ser usado de una forma sinónima, dándoles un contenido igual o similar. Corresponde entonces precisar si las medidas adoptadas a propósito de la pandemia y las necesidades de las personas y familias de no contar ingresos por causa de la terminación o suspensión de los contratos de trabajo constituyen prestaciones del ámbito de seguridad social o de protección social y las consecuencias que ello trae aparejado.

A nivel nacional y comparado, no existe clara delimitación del ámbito de acción de ambas denominaciones. Lo cierto es que desde hace unas décadas diversas entidades internacionales han comenzado a usar el concepto de "protección social", entre ellas la OIT¹⁵, en materias que pueden calificar para otros como de seguridad social.

Entendemos la protección social como el conjunto de políticas públicas de orden económico social, orientadas a la integración social y, por tanto, a dar mayor cohesión social, mediante la entrega de determinadas prestaciones a sectores de la población que se encuentran marginados o con dificultades de integración, como es el caso de las personas mayores, familias numerosas, discapacitados, entre otras (Cifuentes, Arellano y Walker, 2013, p. 45).

La OIT en el informe sobre la seguridad social en el mundo del año 2011, entrega una nueva definición de protección social, en la que señalaba que el *"concepto de protección social suele tener un sentido más amplio que el concepto de seguridad social, e incluir específicamente la protección que los miembros de una familia o de una comunidad local se prestan entre sí. Ahora bien, en otros contextos el concepto de protección social se utiliza en un sentido más restringido que el de seguridad social, refiriéndose únicamente a las medidas en pro de los miembros más pobres, vulnerables o excluidos de la sociedad. Así pues, por desgracia, en muchos contextos las expresiones 'seguridad social' y 'protección social' se emplean indistintamente como sinónimas"*.

Por seguridad social entendemos el conjunto integrado de principios, de normas e instituciones de ordenación estatal, destinadas a otorgar protección a las personas frente a las contingencias o estados de necesidad (riesgos sociales) a través de prestaciones (transferencias) en dinero o en especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado asegurar un mínimo de protección a su población (Cifuentes, Arellano y Walker, 2013, p. 41). En vista de lo anterior, es innegable la relación de la protección social con la seguridad social, ya que la protección social la tiene como eje central (Hernández, 2009). La seguridad social tiene unos ámbitos de cobertura definidos ya indicados más arriba y que tienden a ajustarse a la norma mínima del Convenio 102 de la OIT.

¹⁵ Desde un punto de vista del financiamiento, un grupo de expertos de la OIT definió la protección social como *"el conjunto de transferencias de ingreso (o prestaciones) en especie y en metálico que una sociedad aporta a sus miembros individuales con el fin de: evitar o aliviar la pobreza, o ayudar a hacer frente a una serie de eventualidades o riesgos de la vida que, si se producen, podrían dar lugar a pérdidas de ingreso. La pérdida de ingreso puede ser consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo o de la capacidad de ganar dinero por causas como la invalidez o la vejez, o incluso por tener que conseguir asistencia médica costosa en caso de enfermedad o de empeoramiento de la salud; o disminuir o corregir las desigualdades creadas a partir de la distribución primaria (previa a transferencias) del ingreso"* (CICHON et al, 2006, p. 40).

Por lo tanto, y a modo ejemplar, la adopción de programas para apoyar a los trabajadores para que conserven el empleo, mediante una renta sustitutiva extraordinaria y transitoria, denominada “protección al empleo” (Ley 21.227 de 06.04.2020), aunque se financie con recursos provenientes de un seguro social (de desempleo), se otorgue y controle por entidades de seguridad social (Administradora de Fondos de Cesantía, AFC), pasa a ser una prestación que podríamos denominarla de seguridad social con observaciones.

Sin duda, tanto la institución señalada en el párrafo anterior como el retiro excepcional del 10%, tienden a dar cobertura frente a necesidades causadas por una contingencia social con distintos mecanismos de incorporación, financiamiento y, por cierto, de población cubierta, que en determinados eventos se superponen.

En definitiva, la cuestión es si la universalización de la cobertura objetiva se extiende a situaciones transitorias complejas como son los efectos de una pandemia en relación con la pérdida o suspensión de los ingresos de una persona activa, en el que se encontraría la ley de protección al empleo, pero no necesariamente el retiro del 10% de los fondos previsionales, en atención a que no hay una contingencia social base que motive el otorgamiento de esta prestación, ya que cualquiera, aunque no se encuentre en un estado de necesidad, puede hacer uso del retiro de fondos, motivo por el cual dudamos de su carácter de prestaciones de seguridad social y se ajustan más bien a la protección social.

4. LOS AFILIADOS Y LA TITULARIDAD DE LAS CUENTAS DE CAPITALIZACIÓN

Con la instauración de la capitalización individual (DL 3500 de 1980), se efectuó un cambio de paradigma en el sistema de pensiones, pasando de una lógica de reparto a uno de capitalización, en que las cotizaciones integran una cuenta de titularidad del afiliado.

De esta forma, lo dicho ha implicado que, al ser titulares los afiliados de sus fondos de pensiones, tienen en consecuencia una especie de derecho de propiedad sobre los mismos, con limitaciones especiales, puesto que la finalidad de los fondos es la acumulación de cotizaciones previsionales y sus rentabilidades para entregar pensiones, sin perjuicio que el afiliado ya pensionado puede en ciertas circunstancias hacer uso de parte de los montos para fines distintos de los previsionales como es el caso del excedente de libre disposición.

El TC ha señalado en fallo de causa Rol n° 7442, de 14.05.2020, considerando 22 que “*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*”. El mismo fallo expresa además que “*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°)*”.

En consecuencia, el TC sostiene que nuestra Constitución establece diversas especies de propiedad, con estatutos propios, por lo que la cotización previsional al provenir de la remuneración del trabajador es de su propiedad. De esta forma, la entrega de los montos a las AFP no altera el vínculo entre la cotización y el

afiliado que las entera, ya que se trata de una relación de dominio que se garantiza mediante el derecho de propiedad¹⁶.

5. LAS PROPUESTAS PARLAMENTARIAS Y LA LEY 21.248

La Reforma Constitucional publicada en la Ley 21.248 del 30.07.2020 es fruto de la fusión de diversas mociones parlamentarias, que pasamos a reseñar, haciendo énfasis en sus principales características.

La primera propuesta, que corresponde al boletín N° 13.501-07¹⁷, proponía modificar la CPR para incorporar como parte del derecho a la seguridad social, la facultad de los afiliados, de retirar parte de sus fondos, durante la vigencia de un estado de excepción constitucional de catástrofe. Ello, sin dañar su futura pensión, modificando el Art. 19 N° 18 (Derecho a la seguridad social), facultando a los afiliados a AFP a retirar mensualmente desde 5 ingresos mínimos mensuales hasta un máximo de 150 U.F. de su cuenta, cumpliéndose con:

- Que existiera un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública derivado de una pandemia, o bien, una declaración de alerta sanitaria.
- Que los fondos previsionales que registre el afiliado, proyectados a la edad de pensión sean insuficientes para financiar una pensión superior a las 25 UF. A su vez, se establecía la posibilidad de que, en el caso de ejercerse este derecho, y una vez efectuados todos los retiros permitidos, el Estado calcularía y emitiría un título de deuda expresado en dinero que se denominará Bono de Reconocimiento y representaría el monto total de los retiros efectuados.

La segunda propuesta, correspondiente al boletín N° 13.617-07¹⁸, pretendía declarar expresamente el derecho de propiedad que detentan los afiliados sobre sus fondos de pensiones, así como modificar las obligaciones que emanan por la declaración del estado de excepción constitucional vigente, debiendo el Poder Ejecutivo permitir a los afiliados a las AFP disponer de un porcentaje de sus cotizaciones, con el objeto de atender, en parte, las consecuencias económicas de la restricción de los derechos de locomoción y de reunión, y la consiguiente imposibilidad de realizar acciones que reporten ingresos.

En consecuencia, este proyecto incorporaba un nuevo inciso a la regulación del derecho de propiedad (Art. 19 N° 24): *"en materia previsional, el afiliado podrá disponer de todo o parte de sus fondos previsionales, en la forma que establezca la ley, incluso antes de llegar a su edad de jubilación"*.

De todas formas, el proyecto estipulaba una forma genérica de restitución de montos, así como el proyecto anterior establecía la creación de un "bono de reconocimiento" de cargo del Estado, en esta propuesta se indicaba que *"la ley establecerá el mecanismo a través del cual los afiliados o el Estado deberán reintegrar*

¹⁶ En esta línea, la Corte Suprema ha resuelto recientemente por fallo del 10.08.2020 en causa rol 33.436-2020 el rechazo al retiro de fondos en situaciones distintas a las reguladas legalmente, señalando en su considerando sexto que *"la circunstancia que el legislador haya previsto un sistema específico que posibilita el retiro de los fondos bajo determinadas circunstancias y modalidades, no implica que puedan los tribunales de justicia hacer una aplicación extensiva de tales disposiciones y concluir que se pueda acceder, atendidas las necesidades específicas que enfrentan determinadas personas, al retiro total o parcial de los dineros de una forma distinta a la prevista en el ordenamiento jurídico, toda vez que aquella es una decisión que sólo le compete al legislador, quedando fuera de la órbita de la competencia de la judicatura, ponderar las especiales circunstancias en que se encuentra el actor y ordenar que le entreguen los dineros acumulados en su cuenta de capitalización individual"*.

¹⁷ Propuesta por los diputados Alejandra Sepúlveda O., René Alinco B., Jaime Mulet M. y Esteban Velásquez N.

¹⁸ De los diputados Karim Bianchi R., Gastón Saavedra Ch., Leonardo Soto F., René Saffirio E., Renato Garín G. y Patricio Rosas B., y de la diputada Pamela Jiles M.

los fondos retirados de las cuentas de capitalización individual mencionadas en el inciso precedente, una vez cesado el estado de excepción constitucional de catástrofe”.

La tercera propuesta, radicada en el boletín N° 13.627-07¹⁹, modificaba la CPR estableciendo un mecanismo transitorio de retiro parcial y posterior reintegro de fondos previsionales, con ocasión de la declaración de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, que signifique grave riesgo para la salud o vida de las personas, incorporando una disposición transitoria 39° y que en líneas generales establecía la posibilidad de que los afiliados al sistema pudieran retirar bajo ciertas condiciones parte de sus fondos previsionales, desde un monto base de \$650.000 hasta un máximo de \$3.000.000, en un plazo de 10 días corridos o en 5 mensualidades, a opción del afiliado. Se proponía además la creación de un Fondo de Reintegro de los retiros efectuados con un eventual aporte del Estado.

Finalmente, fruto de la discusión parlamentaria y ante la fusión de los proyectos legislativos anteriores, resultó en la aprobación, promulgación y publicación de la Ley 21.248, consistente en una Reforma Constitucional que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica, incorporando un nuevo artículo trigésimo noveno transitorio a la Constitución²⁰.

En relación con la normativa recaída en la reforma constitucional en análisis, aquella ha permitido el retiro de hasta el 10% de los fondos de las cuentas individuales para pensiones, lo que ha concretado dicha

¹⁹ De las diputadas y diputados Raúl Soto Ma., Loreto Carvajal A., Ricardo Celis A., Cristina Girardi L., Rodrigo González T., Tucapel Jiménez F., Carolina Marzán P. y Andrea Parra S.

²⁰ El artículo incorporado por la Reforma Constitucional publicada señala lo siguiente: *"TRIGÉSIMA NOVENA. Excepcionalmente, y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19, autorizase a los afiliados del sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, de forma voluntaria y por única vez, a retirar hasta el 10 por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, estableciéndose como monto máximo de retiro el equivalente a 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento. En el evento de que el 10 por ciento de los fondos acumulados sea inferior a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar hasta dicho monto. En el caso de que los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual sean inferiores a 35 unidades de fomento, el afiliado podrá retirar la totalidad de los fondos acumulados en dicha cuenta.*

Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio de las deudas originadas por obligaciones alimentarias.

Los fondos retirados a los cuales hace referencia la presente disposición transitoria no constituirán renta o remuneración para ningún efecto legal y, en consecuencia, serán pagados en forma íntegra y no estarán afectos a comisiones o descuento alguno por parte de las administradoras de fondos de pensiones.

Los afiliados podrán solicitar el retiro de sus fondos hasta 365 días después de publicada la presente reforma constitucional, con independencia de la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe decretado.

Los afiliados podrán efectuar la solicitud del retiro de fondos en una plataforma con soporte digital, telefónico y presencial que al efecto dispongan las administradoras de fondos de pensiones, asegurando un proceso eficiente y sin demoras. Los fondos que en aplicación de esta disposición le correspondieren al afiliado, se transferirán automáticamente a la "Cuenta 2" sin comisión de administración ni costo alguno para él, o a una cuenta bancaria o de instituciones financieras y cajas de compensación, según lo determine el afiliado, en hasta dos cuotas de un máximo de 75 unidades de fomento cada una. Los retiros que se efectúen conforme a esta disposición serán compatibles con las transferencias directas, beneficios, alternativas de financiamiento y, en general, las medidas económicas que la ley o las disposiciones reglamentarias establezcan a causa del COVID-19. No podrá considerarse el retiro de fondos para el cálculo de las demás medidas adoptadas en razón de la crisis o viceversa.

Se considerará afiliado al sistema privado de pensiones regido por el decreto ley N° 3.500, de 1980, a toda persona que pertenezca a dicho sistema, incluidas aquellas que sean beneficiarias de una pensión de vejez, de invalidez o sobrevivencia.

La entrega de los fondos acumulados y autorizados de retirar se efectuará de la siguiente manera:

- El 50 por ciento en un plazo máximo de diez días hábiles de presentada la solicitud ante la respectiva administradora de fondos de pensiones a que pertenezca el afiliado.

- El 50 por ciento restante en el plazo máximo de treinta días hábiles a contar del desembolso anterior.

La implementación del sistema de transferencias de fondos y otras medidas que se efectúen en virtud de esta disposición no tendrán costo alguno para los afiliados. Además, las administradoras de fondos de pensiones deberán enviar a la Superintendencia de Pensiones todo antecedente del cumplimiento de las medidas que se efectúen con motivo de la aplicación de la presente disposición, y al Banco Central cuando corresponda.

La observancia, fiscalización y sanción de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones contenidas en la presente disposición, le corresponderá a la autoridad competente dentro de sus atribuciones legales”.

disposición es cambiar el destino de una parte de las cotizaciones y sus rentabilidades desde la seguridad social en pensiones a uno de disponibilidad inmediata, fuera del ámbito previsional, para atender necesidades de rentas sustitutivas ante una crisis de empleo generada por la pandemia, que entendemos como una medida de protección social. Y, decimos para un sector mayoritario (ya habrá estudios más precisos al respecto), que dados los términos en que se aprobó la legislación respectiva, permite que quienes no requieran la prestación por necesidad para atender esta contingencia social de falta o suspensión de empleo en tiempos determinados por la pandemia, no constituirá una prestación de seguridad social, aunque sea inembargable (salvo para pensiones alimenticias adeudadas), teniendo de todas formas el carácter de personalísimo, con financiamiento proveniente de cotizaciones, y gestionado, calificado, otorgado y controlado por entidades de seguridad social.

6. LOS EFECTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL RETIRO DE FONDOS

6.1 DIRECTOS. Entendiendo el retiro de fondos autorizado excepcionalmente para enfrentar los efectos sociales del estado de excepción constitucional decretado a causa del COVID-19, sus efectos directos pasan a ser resumidamente los siguientes:

- Disminución de la cuantía pensión futura de quienes, siendo afiliados al sistema, aún se encuentran en edad de cotizar, así como un posterior recalcule de las anualidades de los retiros programados de aquellos pensionados en esa modalidad que efectúen el retiro de todo o parte del 10% de los montos acumulados en su cuenta de capitalización individual.
- Menor ingreso a las arcas fiscales en cuanto el monto retirado no puede ser objeto de "retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa", salvo el caso de las deudas por obligaciones alimentarias.

6.2. INDIRECTOS. Éstos se dan principalmente en el ámbito de la reforma previsional en curso, puesto que deberá considerarse en la discusión previsional los impactos que tendrá en las futuras y actuales pensiones el retiro efectuado por poco más de 8 millones de personas al 10.08.2020, equivalentes a un 76% de los afiliados, conforme se indicó al inicio de este artículo.

A su vez, existe la posibilidad que por mayor liquidez temporal se dé un efecto inflacionario que importe un aumento general de los precios de la economía, de carácter temporal, como consecuencia de una inyección de recursos al mercado ante la entrega del retiro en comento, y que importará análisis económicos posteriores al desarrollo de este estudio.

7. EN SINTESIS

Así como ha ocurrido con las medidas de protección al empleo (Ley 21.227), ahora con el retiro del 10% de los fondos previsionales, acordado por una reforma constitucional, ante la ausencia de una iniciativa legal del Ejecutivo (procedimiento contemplado en la CPR), se ha dispuesto de recursos constituidos por cotizaciones de los afiliados (y del empleador, en el caso del seguro de cesantía) para fines de sustitución de rentas por cesantía o pensión (vejez, invalidez o sobrevivencia), para hacer frente a situaciones de falta de ingresos por una pandemia.

Es un reto el definir programas de protección social específicos para enfrentar situaciones de catástrofes nacionales, sectoriales o regionales, que no afecten los recursos de la seguridad social, por lo que cabe

considerar que posiblemente el retiro del 10% de las cuentas individuales no se habría planteado si los fondos de pensiones estuviesen en cuentas de capitalización colectiva o en un sistema de reparto, ya que a nivel comparado, el retiro de fondos se ha dado en países con sistemas previsionales de capitalización individual, sea como pilar contributivo obligatorio o voluntario (Australia, España, Perú, entre otros).

8. BIBLIOGRAFÍA

- CICHON, Michael, SCHOLZ, Wolfgang, Van de MEERENDONK, Arthur, HAGEMER, Krzysztof, BERTRANOU, Fabio, y PLAMONDON, Pierre, "Financiación de la protección social", Colección Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- CIFUENTES LILLO, Hugo, ARELLANO ORTIZ, Pablo, y WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, "Seguridad Social. Parte general y pensiones", Librotecnia, Santiago, 2013.
- HERNANDEZ CONTRERAS, Carlos, "Nuevas formas de protección social a la luz de los cambios estructurales. Envejecimiento de la población, cambio de las estructuras familiares, migraciones, problemas de presupuesto, cambios políticos e ideológicos", ponencia a XIX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sydney, Australia, 2009.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto, "Derechos fundamentales y garantías constitucionales", Tomo 3, CECOCH, Librotecnia, Santiago, 2009.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA:
 - Rol N° 33.436-2020, de 10.08.2020.
- SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
 - Rol N° 7442, de 14.05.2020.
 - Rol N° 1710-10, de 06.08.2010.
 - Rol N° 1218-08-INA, de 07.07.2009.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
- SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, Comunicado de Prensa del 10.08.2020: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14082_recurso_1.pdf
- OIT, "Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa", Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Informe VI, Sexto punto del orden del día, Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, Ginebra, 2011, p. 9.