

*por Luis Eduardo Thayer Correa/ El Mostrador.*

Desde la creación de las AFP, en 1981, se ha ido consolidando como una gran verdad lo que realmente es una gran falacia. En efecto, se ha instalado como una verdad indiscutida que cada cotizante de una AFP es “dueño de su cuenta de capitalización individual”. Y eso, es falso.

El concepto «dueño de la cuenta individual» pugna abiertamente con el concepto de «cotización obligatoria para la seguridad social». La naturaleza jurídica de esta le impide ser objeto de “propiedad privada”. No se lo impide, en cambio, al aporte previsional voluntario (APV) o al depósito convenido, ya que son voluntarios, son administrados en cuentas especiales y, por eso, el cotizante es libre para disponer de ellos cuando quiera. Además, son heredables, sin discusión. Todo ello, con los efectos tributarios respectivos.

La verdad en cuanto a las cotizaciones obligatorias.

1. El artículo 19 N° 18 de la Constitución Política del Estado asegura “a todas las personas” el derecho a la seguridad social y dispone que: “La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”. Y su destino es financiar de manera exclusiva ese derecho.

2. Así, por mandato constitucional, el 10% de la remuneración que el trabajador cotiza a la AFP -y el 5% de cargo del empleador que propone el proyecto de ley del Gobierno- es -y será- una cotización obligatoria con el fin señalado.

3. La afirmación, entonces, de que el trabajador es «dueño de las cotizaciones obligatorias» que aporta a su cuenta de capitalización individual es y ha sido un engaño a la fe pública, porque choca con la Constitución, y con principios esenciales del derecho. Además, “distorsiona” su naturaleza jurídica, ya que, simplemente, “no pueden tener dueño”, atendiendo a la definición constitucional. Es la obligatoriedad de tal destino la que priva de su propiedad a los cotizantes y, por lo tanto, de los atributos de esta: usar, gozar y disponer de aquellas.

4. Tan así es, que el único “acto de disposición” (cambiarse de AFP o de Fondo dentro de la AFP, no es un “acto de disposición” propiamente tal) acontecerá, recién, cuando el trabajador llegue a la edad de jubilar. ¡Ah!, pero lo hará limitado a optar por una de las alternativas fijadas en la ley. Esencialmente dos: a) «comprando» una renta vitalicia, lo que le obliga a entregar todo el dinero a una compañía de seguros, o b) recibiendo un retiro programado en que su cuenta individual -manejada siempre por la AFP- irá «decreciendo» con el pago mensual de una pensión que, paulatinamente, tenderá a desaparecer.

5. Y, mientras transcurren los 40 o 45 años de su vida laboral, el trabajador paga una comisión solo para “mirar” cómo la AFP administra “su cuenta individual” en las bolsas de comercio del mundo... Mundo de un capital que se enriquece con la plata, cuyos “dueños” - se dice falazmente- son los trabajadores. Y, por su lado, las AFP hacen lo propio, porque, sin correr ningún riesgo, reciben su comisión “descontada por planilla”. ¡Ah! Y la perciben “renten o no renten” los dineros que administran... ¡Este es, exactamente, el “Mercedes Benz” que José Piñera Echenique trajo al mundo!

6. Digamos, pues, que el diseño del sistema de AFP proclamó una especie «muy rara» de propiedad sobre las cotizaciones “obligatorias” que por mandato constitucional no pueden tener otra finalidad que financiar el derecho a la seguridad social y, en este caso específico, el régimen de pensiones, el cual, por lo mismo, no puede ser sino solidario.

7. En definitiva, la cotización obligatoria solo puede generar un derecho de propiedad sobre el derecho a la seguridad social. No sobre los dineros que se aportan a ella. Carácter solidario de las cotizaciones de salud confirma falacia en cuanto a la propiedad sobre la cuenta de capitalización individual.

8. Las cotizaciones “obligatorias” destinadas a financiar el derecho a la salud, están reguladas, también, por el artículo 19 de la Constitución, en su numeral 9°. Los términos son idénticos a los expresados en el N° 18° para las cotizaciones de la seguridad social. El referido numeral 9° expresa que el Estado debe asegurar a todas las personas “la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, “la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

9. El sistema de salud en Chile se estructura en dos subsistemas. Uno de salud pública con amplia cobertura, que cubre sin copago a las personas más vulnerables y con copago a aquellos con ingresos superiores al mínimo legal y que cotizan el 7% de su sueldo imponible. Y un segundo subsistema de salud privada, donde el 7% o más se cotiza en ISAPRES y su cobertura, con copago, depende del plan individual, familiar o colectivo que el cotizante contrate. Además, el Estado asume el AUGE para ambos subsistemas.

10. Como es posible apreciar, no existen cuentas individuales en la ISAPRE y no hay derecho de propiedad sobre las cotizaciones obligatorias. Por el contrario, se observa que todo el sistema es “técnicamente” solidario (por no llamarlo “de reparto”). Y la solidaridad es clarísima en el subsistema privado, ya que está sostenido en “contratos de seguro”, en los

cuales, por un lado, el trabajador -aunque nunca haya pisado la consulta de un médico- paga la cotización, incluido el 7% obligatorio, a una ISAPRE y esta, a su vez, se obliga a prestarle en clínicas u hospitales los servicios de salud contemplados en el plan de salud elegido.

11. Sin pronunciarnos sobre las deficiencias del Sistema de Salud, es concluyente que las cotizaciones obligatorias que lo financian no tienen “dueño”, porque cumplen su destino constitucional: financiar el derecho a la salud. Con las cotizaciones obligatorias de seguridad social debiera ocurrir lo mismo, porque es una falacia sostener que pueden ser objeto de propiedad, tanto por su carácter de “cotización” (RAE: “Pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social, etc.”) como por su destino, que es financiar el derecho a la seguridad social. La naturaleza jurídica de aquellas, al igual que las de la salud, solamente es posible concebirlas en un sistema solidario de pensiones.

#### **Sobre la herencia**

12. Se desprende de ciertas normas del DL 3.500 de 1980 (artículo 72, por ejemplo) que, si un afiliado fallece antes de pensionarse, sus herederos recibirán el saldo de las cuentas de capitalización individual y de ahorro voluntario. No cabe duda, respecto de los dineros depositados en estas últimas.

13. Pero de los depositados en la primera, dado que se trata de cotizaciones obligatorias, la constitucionalidad es muy dudosa. Y lo seguirá siendo, porque es obvio que ningún heredero ha pedido ni pedirá al Tribunal Constitucional que se declare su inconstitucionalidad. No obstante, considerar que la cuenta de capitalización individual es “heredable”, resulta, a la vez, un asunto en total disonancia con el artículo 19 N° 18 de la Carta Fundamental. Lo correcto sería que los herederos “beneficiarios de pensión”, la perciban en cuanto “beneficiarios”, mas no existe «causa jurídica legítima» para que, en cuanto herederos, las cotizaciones obligatorias cambien de destino constitucional y puedan recibirla en herencia.

14. Así concebida esta figura, afecta indefectiblemente la naturaleza esencial de una cotización obligatoria, cuya única e imperativa finalidad es financiar la seguridad social. Y, por otro lado, trastoca la lógica de las normas más elementales de la herencia: no es coherente que el heredero la reciba sin limitación alguna y su causante solo pueda percibirla limitada a una renta vitalicia o a un retiro programado al momento de jubilar: se rompe la coherencia cuando se hace posible heredar un derecho mucho mejor que el que tenía el causante... Es absurdo “mejorar” el título por la muerte del causante.

15. En consecuencia, los dineros provenientes de cotizaciones obligatorias y que, hoy día,

son heredados, deben destinarse a fines previsionales o de seguridad social. La suma por este concepto no es despreciable, ya que alcanza a varias decenas de millones de dólares anuales.

Luis Eduardo Thayer Morel

Abogado

Fuente:

<http://m.elmostrador.cl/mercados/2017/08/03/afirmar-que-trabajadores-son-duenos-de-su-cuenta-de-afp-es-una-falacia/>

Comparte esto:

Haz clic para compartir en Twitter (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para compartir en Facebook (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para compartir en Telegram (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para compartir en WhatsApp (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para compartir en Skype (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para enviar por correo electrónico a un amigo (Se abre en una ventana nueva)

Haz clic para imprimir (Se abre en una ventana nueva)

Más