



Cámara de Diputados

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA EL RETIRO DE FONDOS DE PENSIONES EN CASO DE ENFERMEDAD TERMINAL O GRAVE DEBIDAMENTE CALIFICADA

i. Fundamentos. Considerando la reciente aprobación de la ley N° 21.248 por el Congreso Nacional, que introdujo a la Constitución Política de la República una disposición transitoria trigésimo novena, que autoriza a los afiliados del sistema de pensiones a retirar un diez por ciento de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, de *forma excepcional* y para mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa de del COVID-19, los H. Diputados suscritos venimos en someter a consideración de la H. Cámara de Diputados la presente moción de reforma constitucional, que tiene por objeto autorizar el retiro de fondos de pensiones en el caso de afiliados que padezcan alguna enfermedad terminal o grave debidamente calificada.

El tema del retiro de fondos en la hipótesis de enfermedad terminal o grave no está vinculado a un hecho transitorio, como es el que sirvió de fundamento a la ley N° 21.248, sino que a una ponderación de derechos que debe efectuar el legislador ante el conflicto que supone el derecho a la vida y salud de un afiliado al sistema de pensiones, por un lado, y el derecho a la seguridad social, por el otro, que impone límites a la propiedad de sus fondos previsionales. Se trata, en definitiva, de un conflicto que debe ser resuelto a través de una norma de excepción que autorice el retiro de fondos cuando una persona tenga una esperanza de vida limitada producto de una enfermedad terminal o grave.

El retiro anticipado de fondos previsionales y las circunstancias que justificarían este retiro han sido debatidas intensamente en este Congreso y también en sede judicial. La Corte Suprema de Justicia, el pasado 25 de agosto, revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que acogía un recurso de protección a favor de una afiliada al sistema de pensiones que solicitaba el retiro de sus ahorros previsionales. La recurrente fundó su pretensión en el artículo 19° N° 24 de la Constitución y la necesidad de solventar el pago de un crédito hipotecario y otras necesidades básicas (Rol N° 76.580-2020). El fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta se sostenía en los siguientes argumentos:

“(i) Concluye que un acto legal puede ser arbitrario, situación que ocurre cuando una conducta lícita genera un resultado materialmente injusto; (ii) estima que, en el caso concreto, tal injusticia material queda a la vista si se considera que una trabajadora que cotizó el 10% de su remuneración durante 18 años no puede obtener una pensión suficiente para sufragar un crédito hipotecario; (iii) afirma que tal realidad no se condice con la contribución de la actora al progreso de la sociedad, a la



ganancia de su empleador, y al lucro del banco que le concedió el crédito hipotecario y de la propia AFP que tiene a su cargo los fondos; (iv) verifica que, incluso, si la actora no hubiere cotizado o hubiere obtenido un ahorro menor, podría haberse visto beneficiada de ciertas figuras solidarias, como la pensión mínima de vejez o la pensión básica solidaria, previstas ambas en el ordenamiento jurídico vigente, y que le permitirían recibir un estipendio mensual sólo levemente inferior al monto de la pensión que actualmente percibe; y, (v) así, estima necesario corregir dicha injusticia y evitar la concesión de la situación de indigencia que amenaza a la recurrente.” (considerando 4º, Rol N° 76.580-2020).

Por su parte, la Corte Suprema desestimó los argumentos empleados por la Corte de Antofagasta y ratificó su jurisprudencia, indicando que a partir de las sentencias “[...] dictadas en causas **rol N° 29.236-19, 29.279-19 y 29.304-19**, todas de 2 de abril de 2020, se ha asentado una línea jurisprudencial consistente, que concluye que el dinero existente en toda cuenta de capitalización individual posee, de manera general, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, un destino único y exclusivo, limitado al otorgamiento de pensiones bajo una de las modalidades que contempla la ley, sin perjuicio de diversas figuras previstas en cuerpos normativos con alcances previsionales que permiten al cotizante, de una u otra forma, disponer del todo o parte del ahorro bajo diversos presupuestos, como es el caso del *retiro de excedentes* o la contratación de una renta vitalicia, no siendo este el caso.” (2º párrafo, considerando 5º, Rol N° 76.580-2020).

En efecto, en los fallos de fecha 2 de abril de 2020, la Corte Suprema argumenta que el D.L. 3.500 viene a concretar o es la expresión legal del mandato constitucional señalado en el artículo 19 N° 18, que asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social, ordenando que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”, imponiéndole, al mismo Estado, el deber de supervigilar “el adecuado ejercicio” de este derecho. Luego, la Corte Suprema – ahora examinando la regulación legal- señala que “el Decreto Ley N° 3.500 se erige como el principal cuerpo normativo sobre la materia. Dentro de sus disposiciones destaca su artículo 17 que impone a “los trabajadores afiliados al sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres”, la obligación de “cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”. Luego, su artículo 34 indica que “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”. Finalmente, el artículo 61 expresa que: “Los afiliados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3º, los afiliados declarados inválidos totales y los afiliados declarados inválidos parciales, una vez ejecutoriado el segundo dictamen, podrán disponer del saldo de su cuenta de capitalización individual con el objeto de constituir una pensión. La Administradora verificará el cumplimiento de dichos requisitos, reconocerá el beneficio y emitirá el correspondiente certificado. Para hacer efectiva su pensión, cada afiliado podrá optar por una de las siguientes modalidades: a) Renta Vitalicia Inmediata; b) Renta Temporal con Renta Vitalicia



Diferida; c) Retiro Programado, o d) Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado”.

Ahora bien, la Corte Suprema introduce en su argumentación una salvedad, indicando que “sin perjuicio de lo antedicho, esta Corte estima indispensable precisar que el retiro total o parcial del dinero cotizado en la cuenta individual de un trabajador no es una institución ajena al Decreto Ley N° 3.500. En efecto, en reiterados pasajes de este instrumento normativo (artículos 20, 21, 22, 62, 62 bis, 65 bis y 179) se establecen los requisitos y exigencias que permiten al cotizante retirar los excedentes de libre disposición quedados luego de haber optado por alguna de aquellas modalidades de pensión ya mencionadas, debiendo tenerse en cuenta, además, que la renta vitalicia, en tanto clase de pensión que contrata un afiliado con una Compañía de Seguros de Vida distinta a la Administradora, es, en sí, una forma de retiro que puede llegar al total del importe de la cuenta respectiva.”. Todavía más, “el artículo 68 del Decreto Ley N° 3.500 relativiza, incluso, los requisitos contenidos en su artículo 3º, en la medida que permite la obtención de una pensión de vejez, bajo cualquiera de las modalidades regladas en el artículo 61, antes de cumplir la edad mínima para ello.”.

Con todo, tanto en las sentencias de fecha 2 de abril como en el fallo del 25 de agosto, ambos de 2020, la Corte Suprema hace mención expresa a que, bajo ciertas circunstancias graves, la Corte podría entrar a ponderar los límites impuestos al derecho de dominio que se invocan con otras garantías constitucionales protegidas por el mecanismo de cautela (Párrafo final, considerando 9º, causas rol 29.236-19, 29.279-19 y 29.304-19 y mediante la prevención de los Ministros Vivanco y Zepeda en la causa rol 76.580-2020). Si bien no mencionan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de la salud (Art. 19 N°s 1 y 9, respectivamente), estimamos que la Corte ha reservado esta posibilidad teniendo a la vista estos derechos, en virtud de los cuales, existiendo colisión de estos derechos con la propiedad y sus límites o el derecho a la seguridad social y su regulación legal, puede justificarse una resolución que acceda a retirar los fondos de pensiones cuando estén en riesgo la vida o la salud del recurrente de protección.

Ahora bien, la Corte Suprema enfrentada a un caso concreto en que una mujer enferma de fibrosis pulmonar idiopática, que solicitaba a su AFP el retiro de los fondos de pensiones ahorrados por ésta (Causa rol N° 43.966-2020), se desentendió del argumento antes indicado y omitió la realización de un juicio de ponderación entre los límites impuestos al derecho de propiedad de los fondos de pensiones de la afiliada y su derecho a la vida y salud, señalando 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 la actora** y ordenar que le entreguen los dineros acumulados



en su cuenta de capitalización individual.” (Considerando 6º, rol N° 43.966-2020). Salta a la vista la evidente contradicción entre este último considerando y el argumento señalado en el párrafo anterior, en virtud del cual la Corte razonaba que sí era posible efectuar un juicio de ponderación si el recurrente expresaba consideraciones o circunstancias de hecho graves que afectaran derechos de mayor jerarquía como pueden ser el derecho a la vida o la salud.

Como hemos expuesto, esta situación de excepción que la Corte se representa en su razonamiento, y que podría ser resuelta caso a caso por medio de un juicio de ponderación, en el último fallo de 25 de agosto la Corte Suprema agrega que, “por atendibles que parezcan las razones expresadas en la sentencia apelada, subyace que el eventual estado de injusticia material en que se encontraría la recurrente no se deriva de la respuesta dada por la AFP recurrida, organización que ha ajustado su obrar a derecho, sino que del sistema previsional reglado por el Decreto Ley N° 3.500 y sus disposiciones complementarias, constatación que **deja en evidencia que la solución a tal disyuntiva pasa, precisamente, por la reforma o enmienda de dicho sistema previsional, asunto que, necesariamente, debe ser objeto de análisis en sede legislativa.**” (énfasis agregado). Agregando, a modo de ejemplo, la dictación de la Ley N° 21.248, que introdujo un disposición transitoria a la constitución mediante la cual se autorizó el retiro de un diez por ciento de los fondos previsionales, justificado en las circunstancias económicas y sociales que vive la población del país.

En conclusión, el legislador, en ejercicio del poder constituyente derivado, está facultado para regular esta situación y ponderar si frente a un caso de excepción, como puede ser la enfermedad terminal o grave de un afiliado o afiliada al sistema de pensiones, es atendible la dictación de una regla constitucional que autorice el retiro de fondos de pensiones.

ii. Derecho comparado.- Como se desprende del informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, de fecha 6 de abril de 2010, titulado “Retiro de fondos de pensiones por catástrofe o enfermedad en la legislación de España y Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.)”, elaborado con la finalidad de evaluar la posibilidad fáctica y jurídica de permitir el retiro de fondos de pensiones para hacer frente a situaciones críticas o catastróficas, señala que tanto en España y los EEUU se autoriza el retiro de fondos de pensiones por catástrofe, enfermedad u otra causa, agregando que:

- a) En los países con régimen de capitalización individual obligatoria, similares al nuestro, como son: Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica y México, no se contempla la facultad del cotizante para el retiro de los fondos previsionales por causa de catástrofe, enfermedad grave u otras causas;
- b) Los sistemas de pensiones español y norteamericano, a pesar de que no poseen un sistema de capitalización individual obligatorio, sí otorgan la opción de retiro de fondos en los planes privados de jubilación;



c) En el sistema de Planes y Fondos Privados español, complementario al sistema público, la ley faculta el rescate de los fondos en circunstancias especiales como “enfermedad grave” o “desempleo de larga duración”, siempre que lo contemplen expresamente las especificaciones del plan de pensiones y con las condiciones y limitaciones que éstas establezcan;

d) Por su parte, en el sistema privado de pensiones de los Estados Unidos, se han establecido reglas para los retiros anticipados de fondos en caso de “dificultad” (hardship distributions), debiendo estas causales ser acordadas e incluidas en el plan de pensiones original. Destaca entre ellas, los gastos relacionados con la reparación de los daños a la residencia principal del empleado. En este último caso, los retiros anticipados están gravados por un impuesto adicional del 10%, si el trabajador es menor a 59 años y medio. Dicha obligación tributaria fue modificada a propósito de los daños causados por los Huracanes Katrina, Rita y Wilma durante el año 2005, para favorecer los retiros, las devoluciones y los préstamos efectuados a partir de ciertos planes de pensiones;

e) Que las experiencias española y norteamericana, con sus particularidades, podrían constituir antecedentes para su introducción en nuestro sistema de pensiones.

iii. Ideas Matrices. El proyecto de reforma constitucional tiene por objeto, habilitar, el sistema de retiro de fondos en las cuentas de capitalización individual, teniendo como presupuesto fáctico la enfermedad terminal que aqueja al afiliado, con el objeto de operativizar el sistema introducido por la reciente reforma constitucional, empero sin establecer un límite en su monto el que se entrega a la voluntad del cotizante en situación de necesidad. La acreditación de la condición patológica deberá ser acreditada mediante certificación del profesional habilitado. Lo anterior se justifica ante los precedentes jurisprudenciales y la necesidad de resolver la problemática en sede legislativa.

Es sobre la base de estos antecedentes y fundamentos que venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo único.- Incorpórese el siguiente inciso final en la disposición trigésimo novena transitoria.

“Tratándose de personas afectadas por enfermedad terminal, podrán efectuar el retiro de los fondos acumulados,



a que se refiere el inciso primero de esta disposición, sin limitación en el monto. Para estos efectos, se entenderá que es terminal aquella enfermedad o condición patológica grave, progresiva e irreversible, que no tiene tratamiento eficaz de acuerdo a los conocimientos médicos y con pronóstico fatal en un plazo inminente, certificado por un profesional habilitado.”.

MARCOS ILABACA

Diputado de la República

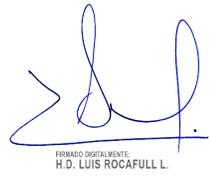




FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MARCOS ILABACA C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. LUCIANO CRUZ-COKE C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. LUIS ROCAFULL L.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. EMILIA NUYADO A.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. MATIAS WALKER P.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. DANIELLA CICARDINI M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. FIDEL ESPINOZA S.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. RAUL LEIVA C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. GONZALO FUENZALIDA F.

