

# Reforma de pensiones y falta de consentimiento del afiliado

“...¿cuál es ese perjuicio grave que el Estado desea evitarle (al afiliado) con tanto ímpetu que ni siquiera esperará su decisión para proceder al traslado de todos los fondos de su propiedad?...”.

ARTURO FERNANDOIS

Constitucionalista, profesor Derecho UC

El proyecto de reforma previsional aprobado por la Cámara, en su legítima búsqueda de mayor competencia entre las AFP, recurre a un elemento peligroso e inconstitucional: propone cambiar de administradora a grupos de afiliados, sin su previo consentimiento. En un sistema de capitalización individual en que el trabajador es dueño de sus ahorros previsionales, trasladar al afiliado y sus fondos acumulados sin su permiso previo infringe sus derechos constitucionales a elegir quién administra sus ahorros, así como su propiedad sobre los mismos (N°s 18 y 24 del art. 19 de la Constitución).



En efecto, tanto el texto del proyecto como las alternativas que se proponen ante la comisión del Trabajo del Senado, en el diseño del mecanismo llamado “licitación de carteras” (*stocks*) de afiliados antiguos, se recurre a este intrusivo instrumento. Así, el Estado licitaría fracciones del total de afiliados del sistema (10% anual), incluyendo los saldos de los ahorros acumulados en la vida laboral de cada trabajador, y los asignaría forzosamente —sin tener previo consentimiento de la persona— a la AFP o inversor que cobre la menor comisión y gane el concurso. Un traspaso automático, salvo, obviamente, que el ganador ofrezca una comisión mayor a la que actualmente pague el trabajador.

Esta parte de la reforma, aun con la insuficiente mitigación del derecho a resistirse al traslado por parte del afiliado (mal llamado “de retracto”, porque el afiliado no se retracta de nada que haya hecho previa-

mente), es difícilmente conciliable con la Constitución y el ordenamiento jurídico. El plazo para ejercer ese derecho es de 30 días desde la adjudicación en el proyecto, y se amplía indefinidamente en otras fórmulas que se barajan.

Pero la objeción subsiste en todas. Ello porque aun si la licitación produce el beneficio de bajar la comisión al afiliado —si bien algunos subrayan que la mayor rentabilidad debiera ser la variable trascendental—, no se resuelve un problema central, que no es económico, sino jurídico: ¿Cuál es la urgencia, cuál es el daño inminente para el afiliado que justifica omitir su consentimiento previo? ¿Cuál es ese perjuicio grave que el Estado desea evitarle con tanto ímpetu que ni siquiera esperará su decisión para proceder al traslado de todos los fondos de su propiedad?

El Tribunal Constitucional ha resuelto varias veces que el trabajador tiene un derecho de propiedad sobre aquella cotización previsional que se deduce de su remuneración. También, que lo tiene sobre sus ahorros acumulados en un sistema de capitalización individual, cuyo destino debe ser solo seguridad social (STC rol 7442-2019, entre otras). Si el sistema fuera de reparto, el espacio del Estado para intervenir sería mayor. Pero no es el caso. Tampoco se trata de trabajadores nuevos que carecen de AFP, situación en que al menos no hay ahorros acumulados que resulten trasladados.

Aquí no hay tal justificación ni urgencia. Por tanto, el mecanismo debiese corregirse ordenando a la Superintendencia, luego de la licitación, que informe al afiliado los resultados, lo consulte y espere su decisión. No se debe suplantar la voluntad soberana del afiliado.

Existe una máxima indisputada en Derecho: el silencio no es ni puede ser, por regla general, expresión de voluntad de la persona.

Mucho menos cuando no se le ha dado oportunidad de expresarla. La ley puede crear excepcionalmente ficciones de voluntad, pero se moverá en una zona restrictiva, y debe ser muy prudente en los eventos y efectos que ordena (Brownsword, 2004). Para crear una ficción de consentimiento —no presunción, porque ni siquiera existen indicios de que la persona consiente al traspaso de sus fondos— en que la ley o un tercero decide por alguien, los autores suelen exigir dos requisitos: el interés de la persona y el riesgo grave en retrasar su propia decisión (Correa, 2007).

No basta entonces con actuar en interés del afiliado, sino que es imperioso, además, que algún bien jurídico suyo se encuentre amenazado de tal forma por el retraso en su decisión que se justifique el sacrificio del otro valioso bien del mismo titular (su voluntad, su libertad). Difícilmente una rebaja en la comisión configura esta clase de urgencia.

Este es el problema en la reforma previsional: la falta de un apremio jurídico tal que legitime el traslado de los fondos del trabajador sin su consentimiento. En nuestro sistema, el afiliado está perfectamente habilitado para decidir, por sí mismo y previamente, si aprueba o no el traslado de sus fondos, y no solo para evitar lo que el Estado ya decidió por él. El esfuerzo del Estado debe estar dirigido a consultarlo en esos términos. A diferencia, por ejemplo, del demandado rebelde que no contesta una demanda dentro de plazo —y la ley presume que se opone a ella para evitarle males mayores— o el paciente grave de quien se presume que autoriza un tratamiento médico— porque no está en condiciones de expresarse y está su salud en juego—, el cotizante de una AFP está por regla general en condiciones de ser informado, consultado y esperado en su decisión.

Es lo que exige la Constitución.