

Santiago, treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Comparece don **Vladimir Lenin Stalin Charry Torres**, de nacionalidad colombiana, domiciliado en Avenida Santa Isabel N°765, departamento 1405, Santiago, quien deduce recurso de protección en contra de la **Administradora de Fondos de Pensiones Habitat**, por el acto arbitrario e ilegal consistente en la no devolución de los fondos de pensiones acumulados en el sistema previsional chileno, por estimar que esa negativa vulnera las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política de la República.

El 11 de diciembre de 2017, fue rechazada su petición de visa, disponiéndose el abandono del país en un plazo de 15 días debido a que registra una condena de 42 meses de prisión en su país de origen, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado. De ese modo, el 27 de agosto de 2020 el Ministerio del Interior emitió el Decreto N°355 por medio del cual se dispuso su expulsión del territorio nacional.

Mientras se mantuvo en Chile prestó servicios en distintas empresas nacionales, como analista de sistemas, entre los años 2003 y 2010, bajo el régimen de contrato de trabajo. Añade que siempre expresó su intención de mantenerse en el sistema previsional colombiano, acogándose a la Ley N°18.156. Pese a ello, sus empleadores pagaron sus cotizaciones previsionales en la AFP HABITAT.

Una vez consolidada su expulsión, solicitó de la AFP la devolución de sus fondos existentes en la cuenta de capitalización individual y, concretamente, que el 29 de marzo de 2021 concurrió a una sucursal para solicitar más antecedentes de su solicitud de retiro de fondos, oportunidad



en que tomó conocimiento del rechazo de su petición. La resolución respectiva no tiene ningún tipo de motivo o fundamentación, solo señala que no se acompañaron los contratos de trabajo asociados a la petición.

El requisito que no es aplicable en su caso por lo que se indica en la parte final de la letra c) de la Circular N°553 de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones que dispone lo que sigue:

“1. Estarán exentos de la obligación de efectuar cotizaciones previsionales en una Administradora, los trabajadores extranjeros que reúnan las siguientes condiciones:...

... c. que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

Este requisito no operará respecto de los profesionales o técnicos extranjeros que hayan obtenido una pensión de algún régimen de seguridad social existente fuera de Chile”.

En todo caso, hace notar que sus contratos de trabajo tienen una antigüedad mayor a 10 años, lo que supone una exigencia de conservación muy elevada, considerando que el plazo de prescripción para las acciones de cobro de prestaciones es de 5 años. Argumenta también que siempre manifestó a sus empleadores la intención de mantenerse en el sistema previsional colombiano, intención que se acentúa ahora que ha sido expulsado del país.

Pide que se ordene a la recurrida la devolución de la totalidad de los fondos con intereses, reajustes y utilidades que correspondan.

Se apersona doña María Soledad Donoso Arteaga, abogada, en representación de **AFP HABITAT**, evacuando el informe ordenado a su respecto.

Expone que el recurrente se incorporó a la AFP el 01 de agosto de 2003 y que las cotizaciones fueron pagadas por los empleadores del actor,



Sacyr Chile S.A y Constructora Necsosacyr S.A. En los contratos de trabajo no consta la voluntad del trabajador de mantenerse afiliado al régimen previsional colombiano.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, señala que el recurrente no incorporó los documentos necesarios para dar curso a la solicitud de devolución de fondos. Esto, porque uno de los requisitos previstos en la Ley N°18.156 para ese fin es la de haber manifestado en el contrato la voluntad de continuar sujeto a régimen previsional del país de origen.

Añade que la Ley N° 18.156 (de 25 de agosto de 1982), modificada por Ley N° 18.726, de 23 de julio de 1988, contiene disposiciones especiales y de excepción que regulan la exención de la obligación de efectuar cotizaciones previsionales en organismos de previsión chilenos, tanto para las empresas que celebren contratos con personal técnico o profesional extranjero como para dicho personal. El artículo 1° de la ley citada, en sus letras a) y b), establece requisitos copulativos para que opere tal exención y en su artículo 7° contempla la situación de trabajadores extranjeros que registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, señalando que éstos podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1° de esta ley.

En tal sentido, apunta que las disposiciones legales antes señaladas establecen que la devolución de fondos previsionales aplicables a los técnicos extranjeros, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos, a saber: **a)** Que el técnico extranjero se encuentre afiliado a un régimen de previsión social fuera de Chile cualquiera sea su naturaleza jurídica que le otorgue prestaciones a lo menos en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; y **b)** Que el contrato de trabajo contenga una cláusula relativa a la



mantención de la afiliación, por parte del trabajador a un régimen de previsión o seguridad fuera de Chile. La afiliación antes indicada debe acreditarse por parte del trabajador mediante certificación de la institución de seguridad social del país donde el técnico se encuentra adscrito, debidamente legalizada y en la que conste, expresamente que cubre las prestaciones prescritas por la ley.

Asimismo, para los efectos de dar cumplimiento al requisito establecido en la letra b), el contrato individual de trabajo que celebre el técnico extranjero debe contener, además de las estipulaciones obligatorias a que se refiere el artículo 10 del Código del Trabajo, una en que exprese inequívocamente la voluntad de dicho trabajador de mantener su afiliación al régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile, a que se refiere el requisito de la letra b) antes indicada.

El requisito establecido en la letra b) del artículo 1° de la Ley N°18.156 es de carácter esencial y sólo se entiende cumplido cuando en cada contrato de trabajo celebrado se contiene la cláusula aludida. El hecho de no cumplirse con los requisitos de la referida ley, no implica que el afiliado pierda sus fondos, porque aun estando en el extranjero puede hacer efectivos todos los derechos que reconoce el DL N°3500.

Señala que las normas que regulan la devolución de fondos de pensiones a trabajadores extranjeros se encuentran en el Título XI del Libro II del Compendio de Pensiones, en el que también se expresa la necesidad de haberse señalado en el contrato la voluntad de continuar afiliado a un sistema previsional distinto al nacional. En ese mismo compendio se establece la obligación del trabajador de aportar los documentos que den cuenta del cumplimiento de los requisitos.



En todo caso, expresa que el recurrente tampoco ha demostrado encontrarse pensionado en un régimen de seguridad social distinto al chileno, situación que acreditada le eximiría de la obligación de acompañar los contratos respectivos.

Se ordenó traer los autos en relación y se dispuso la agregación extraordinaria de esta causa.

Considerando:

Primero: Como se sabe, el llamado recurso de protección corresponde a una acción de estirpe constitucional y de naturaleza cautelar, cuya característica predominante es la de estar destinada a proteger el legítimo ejercicio de ciertos derechos fundamentales, frente a menoscabos derivados de acciones u omisiones de carácter ilegal o arbitrario, en que pueden incurrir autoridades o particulares.

Por ende, una condición esencial para su procedencia es la existencia de algún acto -atribuible a un particular o autoridad-, que responda a la cualidad de ilegal o arbitrario;

Segundo: En la especie, el acto u omisión que se tacha de arbitrario e ilegal concierne a la negativa de la AFP HABITAT de hacer entrega al recurrente de los fondos que fueran ingresados a su cuenta de capitalización individual a título de cotizaciones obligatorias con arreglo a las prescripciones del Decreto Ley 3500, a raíz de que el actor -de nacionalidad colombiana-, se desempeñó laboralmente en Chile entre los años 2003 y 2010, en su condición de técnico extranjero;



Tercero: En lo que atañe a la legalidad de la actuación reprochada debe subrayarse que el artículo 1º de la Ley N° 18.156, dispone en lo pertinente lo que se transcribe a continuación:

“Las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rigen para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

a) Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorguen prestaciones, a lo menos, en caso de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y

b) Que el contrato de trabajo respectivo exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la Ley N° 16.744.”

Por su lado, en directa relación con la regla precedentemente transcrita, el artículo 7º de esa misma ley ordena lo que sigue:

“En el caso que trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1º de esta ley.”;

Cuarto: Sucede que el recurrente no demostró ante la entidad administradora de los fondos previsionales -y tampoco ante esta Corte de Apelaciones-, el cumplimiento de la exigencia contemplada en la normativa especial que regula la materia, esto es, que en el contrato de trabajo respectivo se haya dejado constancia de su voluntad de mantener la afiliación original. Ocurre también que sólo de esa manera queda facultado para requerir la devolución de los dineros correspondientes a las cotizaciones enteradas durante su permanencia laboral en territorio chileno.



Quinto: Acerca de lo expresado en estrados por el apoderado del recurrente, en cuanto a que la manifestación de voluntad exigida por la ley se habría efectuado de manera verbal a los empleadores, asilándose para ello en el carácter consensual del contrato de trabajo, baste señalar que para estos fines la ley ha exigido escrituración, de manera que no es posible dar cabida a tal alegación;

Sexto: Consecuentemente, con su proceder la recurrida no ha hecho otra cosa que sujetarse a las leyes que rigen el asunto, expresando los motivos que justificaran su decisión, de manera que no existe ilegalidad ni arbitrariedad que pueda atribuírsele.

Por estas razones y de conformidad, además, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que regula esta clase de asuntos, **se rechaza** recurso de protección, sin costas.

Redactó el ministro señor Astudillo.

No firma la Ministra señora Gonzalez, quien concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse con feriado legal.

Regístrese y oportunamente archívese.

Protección Rol N° 4575-2021.-

Pronunciada por la **Primera Sala** de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Omar Astudillo Contreras e integrada por la Ministra señora Jessica Gonzalez Troncoso y por la Ministro señora Elsa Barrientos Guerrero.

En Santiago, a treinta de septiembre de dos mil veintiuno, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.





XSGMKSCJNX

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Omar Antonio Astudillo C., Elsa Barrientos G. Santiago, treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a treinta de septiembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.