

C.A. de Concepción

Concepción, veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

Visto:

Comparece doña Luisa Del Pilar Rivera Belmar, abogada domiciliada en Freire N° 867 Concepción, en favor de don Patricio Edison Arias Osses, domiciliado en Calle 30 de octubre N° 702, Villa Nonguén, Concepción y deduce recurso de protección en contra de la Administradora de Fondos Previsionales Hábitat S.A., representada por don Cristian Fernando Rodríguez Allendes, ambos con domicilio en Avenida Providencia N° 1909, comuna de Providencia, Santiago, por la acción ilegal y arbitraria que se expresará, lo cual importa una privación, perturbación y amenaza del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 números 1 y 24 de la Constitución Política de la República.

Señala que el 15 de noviembre de 2021, la recurrente ingresó una solicitud de Certificación de Enfermo Terminal en la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado, AFP Hábitat S.A., para efectos de iniciar el trámite de obtención de la pensión para enfermos terminales establecida en la Ley N° 21.309. El 23 de noviembre de 2021, AFP Hábitat emitió un certificado que acreditaba la calidad de enfermo terminal de don Patricio Arias Osses, siendo diagnosticado con linfoma de Hodgkin, celularidad mixta etapa Iv bulky cervical, en base a los antecedentes e informes médicos consignados en el expediente de certificación de enfermo terminal N° 9798270159.1005.21, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 21.309 y asegura que dicha certificación se encuentra ejecutoriada con fecha 25 de noviembre de 2021. De esta manera, el recurrente es pensionado por PAET (Pensión Anticipada para Enfermo Terminal) en AFP Hábitat, bajo la modalidad de Renta Temporal. La pensión fue devengada desde el 1 de noviembre del año 2021.

Sostiene que el recurrente al verse cada vez en peores condiciones de salud, requirió a la AFP Hábitat el retiro del excedente de libre disposición de su cuenta de ahorro previsional, conforme a lo



establecido en la Ley N° 21.309. Sin embargo, la AFP se negó injustificada, arbitraria e ilegalmente a aprobar el retiro solicitado, a pesar de que el recurrente se encuentra actualmente pensionado por PAET bajo la modalidad de renta temporal en la referida administradora de pensiones.

Califica como ilegal y arbitraria, la respuesta verbal negativa dada por la AFP Hábitat sobre la solicitud de retiro del excedente de libre disposición efectuada por el recurrente, porque transgrede lo establecido en la Ley N° 21.309 en materia de retiro de fondos previsionales para enfermos terminales; y porque implica un flagrante desconocimiento del derecho de dominio que tiene don Patricio Arias Osses sobre su fondo de ahorro previsional.

Solicita se acoja el recurso, debiendo ordenarse a la recurrida entregar el excedente de libre disposición del fondo de la cuenta de capitalización individual a don Patricio Edison Arias Osses, en el más breve plazo, con costas.

Informa don Roberto Felipe Díaz Bravo, abogado, por la recurrida, señalando, en primer lugar, que el presente recurso se dedujo en forma extemporánea, conforme a lo establecido en el numeral 1 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Asimismo agrega que el recurso de protección constituye jurídicamente una acción de carácter cautelar, destinado a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, mediante la adopción de medidas urgentes de resguardo, que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, moleste o amague ese ejercicio, lo que no ocurre en este caso, pues sólo ha existido un retraso en la tramitación de la solicitud de excedente de libre disposición.

Refiere que el 15 de noviembre de 2021 se ingresó la solicitud de pensión anticipada para enfermos terminales y el 23 de noviembre de 2021 el Consejo Médico envió el dictamen de aprobación de PAET. El 26 de noviembre de 2021, se determinó el ingreso base y el aporte adicional. Posteriormente el 30 de noviembre de 2021 se emitió



el primer pago de pensión debido a que el cálculo sujeto a los capitales ya existente no alcanzaba para financiar una pensión de renta temporal mayor al requisito para retirar Excedente de Libre Disposición (ELD). Es decir, el afiliado no cumplía el requisito para retirar ELD. Que el DIS (organismo que representa a las compañías de seguros para efectos del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia) no pagó el aporte adicional debido a que el dictamen que declaraba la invalidez de 31 de agosto de 2021 no correspondía a la fecha de aprobación de enfermo terminal PAET del recurrente. Ante esto, afirma que su representada solicitó a la Comisión Médica que realizara la modificación del dictamen dada la inconsistencia de fechas indicadas en el mismo respecto de la solicitud aprobada, sin embargo, dicho organismo respondió que no era posible modificar la fecha porque el dictamen dónde se declara invalido al afiliado ya estaba ejecutoriado. El 04 de febrero de 2022 la AFP insistió ante el DIS para solicitar el aporte adicional con el dictamen existente, reiterando que la Comisión Médica no cambiaría la fecha por la razón antes expuesta, por lo que a la fecha de presentación de este recurso no se había otorgado a la Administradora la respuesta del DIS aprobando el aporte adicional, para poder emitir un nuevo certificado de saldo con derecho a retiro de excedente de libre disposición.

Finalmente, afirma que el 16 de febrero del año en curso se hallaba el aporte adicional y, ese mismo día se hizo el recálculo PAET, comunicándose esta situación al afiliado recurrente, para que seleccionara la opción correspondiente con derecho a retiro de excedente. Situación que fue comunicada al recurrente por la AFP, quien hasta la fecha no ha retirado el excedente de libre disposición. En definitiva, sostiene que AFP Hábitat no podía acceder a la solicitud de retiro del excedente del recurrente, porque al no encontrarse pagado el aporte adicional por las compañías de seguros, el saldo de la cuenta no le permitía retirar excedente de libre disposición. Actualmente, esto sí es posible porque su representada recientemente recibió el referido aporte adicional.



Estima que no existe un acto ilegal por parte de su representada, toda vez que al responder a la solicitud del recurrente sólo aplicó la legislación vigente y no podría haber dado una respuesta distinta y tampoco es un acto arbitrario porque su representada no tenía otra alternativa, por lo que pide el rechazo del presente recurso por carecer absolutamente de fundamentos legales, con costas.

Complementa su informe indicando que el 17 de febrero de 2022 se notificó a don Patricio Arias Osses que atendido a que la compañía de seguros pagó el aporte adicional, ahora podía solicitar el retiro de excedente de libre disposición y que hasta la fecha el afiliado no ha optado por el recálculo de su pensión y retiro de excedente, de conformidad a la normativa de la Superintendencia, por lo que la AFP deberá proceder al pago de la nueva pensión calculada.

Se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

1.- Que el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción cautelar destinada a evitar las posibles consecuencias perniciosas derivadas de acciones u omisiones arbitrarias y/o ilegales, que priven, perturben o amenacen alguna, algunas o todas las garantías constitucionales expresamente señaladas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a fin de restablecer el imperio del Derecho y otorgar la debida protección a quien pueda resultar afectado.

2.- Que resulta indispensable entonces, la existencia de alguna acción u omisión en que haya incurrido el recurrido, que ésta sea ilegal y/o arbitraria y, además, que dicha acción u omisión produzca alguna privación, perturbación o amenaza, respecto de alguna de las garantías constitucionales de la recurrente, de aquellas que se encuentran especialmente enumeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

3.- Que además, dado el carácter cautelar de esta acción, es preciso que el derecho que se dice privado, perturbado o amagado por el recurrente tenga el carácter de indubitado.



4.- Que, ahora bien, en lo tocante al acto que en el recurso se tilda de ilegal y, además, de arbitrario, la recurrente lo hace consistir en la negativa de la AFP HABITAT S.A. de acceder a su solicitud de retiro de fondos previsionales con cargo a su excedente de libre disposición, en atención a su calificación de Enfermo Terminal, junto obtener la pensión para enfermos terminales establecida en la ley 21.309.

5.- Que el recurrido informa, en primer lugar, con una alegación de extemporaneidad, la que desde luego será desestimada, no sólo por haberse acogido a tramitación este recurso, sino porque además no consta de modo fehaciente la época en que el recurrente tomó conocimiento del acto reclamado, por lo que ha de entender, en esta etapa procesal, que resulta oportuno.

6.- Que, en segundo lugar, indica el recurrido en su informe que el recurso es inaplicable en este caso, alegación que asimismo será desestimada, por cuanto en el mismo informe se indique que *“en este caso, sólo ha existido un retraso en tramitación de su solicitud...”* lo que por cierto es un antecedente que permite a esta Corte, dentro de los límites de un recurso de protección, revisar si este “retraso” vulnera o no garantías constitucionales.

7.- Que, aclarado lo anterior, el informe explica los hechos sin desconocerlos y dando razones tendientes a justificar su actuación.

Sin embargo, luego complementa su informe, indicando ahora que el 17 de febrero de 2022 se notificó a don Patricio Arias Osses que atendido que la compañía de seguros pagó el aporte adicional, ahora podía solicitar el retiro de excedente de libre disposición. Y a reglón seguido indica que, *“Atendido que hasta la fecha el afiliado no ha optado por el recálculo de su pensión y retiro de excedente, de conformidad a la normativa de la Superintendencia, la AFP deberá proceder al pago de la nueva pensión calculada”*.

8.- Que, como queda claro, no está controvertido que la AFP recurrida retrasó la tramitación de la solicitud del recurrente, esto es, la de retirar su excedente de libre disposición y que se recalculara su pensión en consideración a su calidad certificada de enfermo terminal.



Evidentemente, y como se explica en el informe, puede existir una explicación razonable a la circunstancia del retraso, pero lo que no resulta legítimo y por cierto es además arbitrario, es que dicho retraso perjudique al recurrente en los términos que se indican en el punto 2.- del informe complementario de la AFP.

En efecto, en dicho complemento se dice que el 17 de febrero de 2022 se recibió el aporte de la compañía de seguros y que ahora puede solicitar el retiro de su excedente de libre de disposición y al mismo tiempo dice que, por no haberse solicitado el referido retiro, se procederá a recalcular su pensión.

9.- Que es precisamente esta comunicación la que revela el actuar arbitrario de la AFP recurrida originalmente denunciado en el recurso, pues ésta no puede desconocer que la solicitud de retiro del excedente de libre disposición fue presentada con bastante anterioridad al 17 de febrero de 2022, por lo que, al momento de recibir los aportes de la compañía de seguros, debió proceder de inmediato a acceder a la solicitud ya presentada, y no condicionar el retiro a una nueva solicitud, y menos aun, achacar al recurrente la responsabilidad de no haberla solicitado.

10.- Que, en estas condiciones, a juicio de estos sentenciadores la recurrida ha obrado arbitrariamente, vulnerando el legítimo derecho del recurrente de acceder -con oportunidad- a los beneficios previsionales a que tiene derecho en su calidad de enfermo terminal, vulnerando por cierto las garantías constituciones consagradas en los números 1 y 24 de la Constitución Política de la República, por lo que, solo resta proceder en consecuencia.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se decide:

I.- Que **se desecha** la alegación de extemporaneidad planteada por la recurrida en su informe de 22 de febrero de 2022.

II.- Que **se desecha** la alegación de inaplicabilidad planteada por la recurrida en su informe de 22 de febrero de 2022.



III.- Que se acoge el intentado por doña Luisa Del Pilar Rivera Belmar, en favor de don Patricio Edison Arias Osses, en contra de la AFP HABITAT S.A. y, en su consecuencia:

1.- Se ordena a la AFP HABITAT S.A. dejar sin efecto el recalcu de la pensión que corresponde a don Patricio Edison Arias Osses de que se da cuenta en el punto 2.- del informe complementario de 24 de febrero de 2022 (Folio 9).

2.- Que se ordena a la AFP HABITAT S.A., acceder a la solicitud de retiro de excedentes de libre de disposición presentada el 15 de noviembre de 2021, en su calidad de enfermo terminal, considerando el aporte efectuado por la Compañía de Seguros, sin perjuicio de proceder, al mismo tiempo, a recalcular y pagar la pensión que corresponda al recurrente, retroactivamente, desde el momento en que se verificaron las condiciones que le permitían acceder a la pensión para enfermos terminales establecida en la ley 21.309.

IV.- Que se condena en costas al recurrido.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese.

Redactó el abogado integrante don Marcelo Matus Fuentes.

No firman los ministros suplentes señor Rodrigo Carvajal Schnettler y señora Inés Recart Parra, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, en razón de haber cesado en su suplencia y retornado a su tribunal de origen.

Rol N° 2028-2022.-



Pronunciada por Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los Ministros Suplentes Rodrigo Carvajal Schnettler, Inés Recart Parra y el Abogado Integrante Marcelo Matus Fuentes. Concepción, veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

En Concepcion, a veintitrés de marzo de dos mil veintidós, 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>.